

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Mestrado em Direito Processual

JULIO LIMA SOUZA MARTINS

**A TÉCNICA PROCESSUAL DA EXECUÇÃO FISCAL E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Vitória - ES

2015

A TÉCNICA PROCESSUAL DA EXECUÇÃO FISCAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Dr. Marcelo
Abelha Rodrigues

Vitória – ES

2015

JULIO LIMA SOUZA MARTINS

**A TÉCNICA PROCESSUAL DA EXECUÇÃO FISCAL E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de Direito Processual.

Aprovada em 01/06/2015.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

M386t Martins, Julio Lima Souza, 1967-
 A técnica processual da execução fiscal e o devido processo
 legal / Julio Lima Souza Martins. – 2015.
 176 f.

 Orientador: Marcelo Abelha Rodrigues.
 Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) –
 Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
 Jurídicas e Econômicas.

 1. Devido processo legal. 2. Execução fiscal. 3. Interesse
 público. 4. Execuções (Direito). 5. Estado. I. Rodrigues, Marcelo
 Abelha. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de
 Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 34

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação a minha tia e madrinha Vera (*in memoriam*) que, além de ter me subsidiado em boa parte dos anos escolares, acolheu-me por muito tempo em seu lar, quando as circunstâncias me levaram a deixar a casa dos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador pela paciência, diante da minha ansiedade e pela forma positiva como encarou o desenvolvimento da minha compreensão, despertando em mim outras formas de analisar o problema.

A minha esposa Rachel que, desde que recomecei um novo caminho no Espírito Santo, além da cumplicidade e compreensão, tem sido a fonte de inspiração e o alicerce seguro na alegria e nas angústias que compartilhamos.

Aos meus filhos, Giulia e Marvin, por estarem ao meu lado e pela sadia convivência de diálogo e aprendizado recíproco.

Obrigado ao Prof. Dr. Rodrigo Mazzei pelas contribuições ao trabalho e apoio na publicação científica e aos demais professores com os quais tive o prazer de dividir o ambiente instigante da sala de aula, e que proporcionaram subir degraus importantes no universo da pesquisa.

Ao colega Flávio Lessa, pela contribuição com sua experiência profissional sobre a matéria, em especial pela revisão do texto, desejando-lhe sorte na recém iniciada trajetória do mestrado em direito na UFES.

Aos meus amigos e colegas de trabalho pela compreensão quanto ao momento turbulento da elaboração da dissertação, com devida menção ao David e ao Klevenir pela preparação do material para minha pesquisa.

Aos servidores e demais envolvidos com o mestrado UFES, em especial à Dahiane e ao Luciano, grato pelas orientações sobre o curso e pela amizade.

Por fim, agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que, não sem dor e esforço, fizeram-me crescer, tanto pessoalmente como profissionalmente.

EPÍGRAFE

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original”

Albert Einstein

“Há aqueles que não podem imaginar o mundo sem pássaros; Há aqueles que não podem imaginar o mundo sem água; Ao que me refere, sou incapaz de imaginar um mundo sem livros.”

Jorge Luis Borges

“É impossível progredir sem mudanças, e aqueles que não mudam suas mentes não podem mudar nada.”

George Bernard Shaw

“O homem chega à sua maturidade quando encara a vida com a mesma seriedade que uma criança encara uma brincadeira.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO

Mediante a proposta adotada, a ideia é examinar de forma crítica a técnica processual da execução fiscal no Brasil, tomando como parâmetro metodológico o princípio do devido processo legal, elemento fundante da ciência processual contemporânea, cujas características devem estar presentes na dinâmica do encadeamento dos atos destinados a entregar adequadamente os bens da vida a quem de direito. No contexto, significa, antes de tudo, justificar a necessidade de um instrumento diferenciado voltado a atender não apenas as especificidades do objeto, mas, sobretudo, a contingência de partes processuais ontologicamente diferentes, denotando atributos que devem se refletir no processo. Se isso pode resultar na quebra da isonomia processual, o objetivo é demonstrar que o ponto de *discrímen* da técnica não se conjuga com o interesse público determinado na ambiência do Estado democrático de direito e que, como tal, ainda com uma compreensão analítica dos vários dispositivos da Lei nº 6.830/80, persistem inconsistências que afastam o método do devido processo legal. Admitindo que a garantia de um processo justo tenha um perfil distinto para a formação das técnicas executivas, no tratamento da execução fiscal, surge como questão o equilíbrio entre a pretensão arrecadatória e o respeito das garantias processuais do executado. Nesse raciocínio, pontuar o tratamento jurisprudencial atribuído à técnica constitui um material valioso na intenção de fundamentar a tese defendida no trabalho e por decorrência, chamar a atenção, diante das várias deficiências e lacunas do sistema, para a necessidade da elaboração legislativa de um novo instrumento jurídico-processual.

Palavras-chave: Técnica processual. Devido processo legal. Execução cível. Execução fiscal. Interesse público. Fazenda Pública.

ABSTRACT

By the exposition, the idea is critically examine the procedural technique of tax enforcement in Brazil, using as the methodological parameter the principle of due process of law, fundamental element of contemporary procedural science, whose characteristics must be present in the dynamics of the chain of acts designed to adequately deliver the goods of life to the rightful owner. In the context, means first of all, to justify the need for a differentiated instrument aimed to serve not only the features of the object, but mainly the contingency of ontologically different procedural parts, showing attributes that should be reflected in the process. Whether the result is the breach of procedural equality, the goal is to demonstrate that the technique discrimin point is not coupled with the public interest related to a democratic State of right and, on that basis, even with an analytical understanding of the various devices of Law nº 6.830/80, remain inconsistencies that move away the method of due process of law. Assuming that the guarantee of due process have a distinct profile in the executive techniques in the treatment of tax enforcement, comes as question the balance between tax collection and claim respect for the procedural guarantees of the taxpayer. In this sense, identify the jurisprudence treatment to technique constitutes a valuable material to justify the thesis defended and, as a consequence, draw attention, given the number of deficiencies and system gaps, to the need for legislative drafting of a new legal instrument for tax enforcement.

Keywords: Procedural technique. Due process of law. Civil enforcement. Tax enforcement. Public interest. Public finance.

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg – Agravo Regimental
AI – Agravo de Instrumento
Art. – Artigo
CF/88 – Constituição Federal de 1988
Coord. – Coordenador
CDA – Certidão de Dívida Ativa
CPC – Código de Processo Civil
Des. - Desembargador
Dje – Diário da Justiça Eletrônico
DJU – Diário de Justiça da União
Ed. – Edição
Emb. Dec. – Embargos de Declaração
Inc. – Inciso
J. – Julgado
LEF – Lei de execução fiscal
Min. – Ministro
N. – Número
Org. – Organizador
P. – Página
RE – Recurso Extraordinário
Rel. - Relator
REsp. – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T. – Turma
Trad. – Tradução
v. – Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 O PESO DA LEGITIMIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL.....	19
1.1 OBJETOS PARALELOS AO TEMA.....	19
1.2 A LEGITIMIDADE DO OBJETO TUTELADO PELA EXECUÇÃO	20
1.2.1 <i>A legitimidade da execução fiscal sobre as bases do Estado democrático de direito</i>	<i>24</i>
1.2.1.1 A fundamentação da técnica processual pelo dever de recolher tributos	25
1.3 OS ESCOPOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NA EXECUÇÃO FISCAL.....	29
1.3.1 <i>Algo a mais do que a busca do incremento da arrecadação de tributos</i>	<i>31</i>
2 A QUEBRA DA ISONOMIA NO PROCESSO E INTERESSES NA ELABORAÇÃO DA TÉCNICA PELO LEGISLADOR.....	34
2.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL	36
2.2 O INTERESSE PÚBLICO ADEQUADO À TÉCNICA PROCESSUAL	39
2.2.1 <i>Os interesses que se interpenetram na execução fiscal.....</i>	<i>39</i>
2.2.1.2 Interesse público conforme o atual paradigma constitucional.....	40
2.2.2 <i>Influência e interesses do poder sobre o processo</i>	<i>45</i>
2.2.2.1 Processo e os valores da sociedade.....	45
2.2.2.2. As diretrizes do poder e os modelos processuais	47
2.3 ASPECTOS PREPONDERANTES NA CONFORMIDADE DA TÉCNICA DA EXECUÇÃO FISCAL.....	50
2.3.1 <i>‘Interesse público’ na Lei de Execução Fiscal.....</i>	<i>54</i>
3 TÉCNICA PROCESSUAL CONTEMPORÂNEA PELA RÉGUA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	58
3.1 INTRODUÇÃO	58
3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL: DA DITADURA MILITAR À REDEMOCRATIZAÇÃO	61
3.3 ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DA DOCTRINA ALIENÍGENA	64
3.4 OS MEIOS DE ADAPTAÇÃO DA TÉCNICA DA EXECUÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	65
3.4.1 <i>Execução e devido processo legal.....</i>	<i>66</i>

3.4.2 Embargos à execução e devido processo legal	69
3.4.3 O desenvolvimento do acesso à justiça	70
3.4.4 As dimensões do contraditório na contemporaneidade	71
4 A TÉCNICA LEGISLATIVA DA EXECUÇÃO FISCAL BRASILEIRA.....	75
4.1 INTRODUÇÃO	75
4.2 A TÉCNICA DE FORMAÇÃO DO TÍTULO FAZENDÁRIO.....	81
4.2.1 A extensão da unilateralidade constitutiva do título executivo.....	85
4.2.1.1 O processo administrativo fiscal.....	87
4.2.2 O controle de legalidade administrativo do título executivo	90
4.2.3 Alterações no objeto da execução	92
4.3 FORMAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL EXECUTIVA	95
4.3.1 Legitimidade passiva	95
4.3.2 Despacho inicial e citação	97
4.4 INTIMAÇÃO DAS PARTES	99
4.5 ATOS INSTRUTÓRIOS PARA A EXPROPRIAÇÃO.....	100
4.6 MECANISMOS EXPROPRIATÓRIOS	104
4.6.1 A alienação judicial.....	105
4.6.2 Adjudicação	107
4.7. REMÉDIOS PARA PROMOÇÃO DA DEFESA DO EXECUTADO.....	109
4.7.1 Embargos à execução fiscal	109
4.7.1.1 Os embargos à execução dos títulos extrajudiciais	109
4.7.1.2 As especificidades dos embargos à execução fiscal.....	111
4.7.1.3 O processamento dos embargos	113
4.7.2 Embargos infringentes.....	115
4.7.3 Outros meios de impugnação	115
5 APONTAMENTOS SOBRE A TÉCNICA DA EXECUÇÃO FISCAL PELA	
DIMENSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	117
5.1 A PROPOSTA METODOLÓGICA	117
5.2 REFLEXOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CERTIDÃO DE DÍVIDA	
ATIVA.....	119
5.2.1 A estabilização da demanda na execução fiscal	123
5.2.2 Um caso especial: A estabilidade subjetiva na execução fiscal.....	127
5.2.3 A formação do título executivo pela confissão de dívida tributária	131

5.2.4 A superação da técnica de cancelamento da CDA pela aproximação ao devido processo legal	133
5.3 ATOS INSTRUMENTAIS E EXECUTIVOS	136
5.3.1 Petição inicial.....	137
5.3.2 A citação.....	137
5.3.3 A avaliação e a substituição da penhora	145
5.3.4 A arrematação	148
5.3.5 A comunicação dos atos processuais	149
5.4 A SEGURANÇA DO JUÍZO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL	150
5.4.1 A relação entre os embargos à execução e a eficácia abstrata do título....	150
5.4.2 Títulos executivos extrajudiciais: obstáculos injustificáveis ao devido processo legal.....	151
5.4.3 A nova interpretação da constitucionalidade da segurança do juízo	152
5.4.4 A finalidade da segurança do juízo na técnica da execução fiscal.....	154
CONCLUSÕES.....	158
REFERÊNCIAS	166

INTRODUÇÃO

Longe de maiores questionamentos, as grandes transformações sociais da segunda metade do século XX revigoraram as condições para que, de modo bastante peculiar, diante dos demais campos do conhecimento, as ciências humanas fossem completamente repensadas e redimensionadas, na medida em que pudessem refletir o novo contexto de superação do modelo liberal.

Principalmente no ramo do direito, como elemento regulador das relações entre os indivíduos, imprescindível à estrutura social, identificamos uma evidente necessidade de renovação dos institutos jurídicos, porquanto a questão crucial que passou a preocupar os estudiosos passasse a ser a sua aproximação, tanto quanto possível, com a realidade que, mais do que nunca, demandava por respostas conjugadas e sintonizadas com a complexidade conjuntural de uma sociedade de massa.

Sobre essa dimensão até então inexplorada, o direito processual que, por sua evolução já passara da condição de mero apêndice à autonomia científica diante do direito material, envidou esforços para o alcance de um paradigma mais avançado no qual o processo, afastado do tecnicismo exacerbado, fosse em todos os seus aspectos remodelado e direcionado para realmente proporcionar a concretização da pretensão deduzida em juízo.

Destacamos que, em face desse panorama, os juristas perceberam que o método estatal de solução das crises verificadas no plano do direito material não poderia subsistir através de uma finalidade voltada para si mesmo. Do contrário, até por tratar-se de uma tendência sem retrocesso, o processo, nos casos em que a pacificação social não era obtida espontaneamente, passou a se configurar como um instrumento sem precedentes que se apresentava, conforme lecionava Giuseppe Chiovenda, para "proporcionar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter"¹. A afirmação do doutrinador italiano, precisamente ao se referir a característica do que entendia como um processo efetivo, ainda encaixa-se no

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**. Rivista di Diritto Commerciale, 1911, nº 03, p. 110.

epicentro das discussões da ciência processual moderna na busca incessante de definir quais seriam os resultados esperados por meio do processo e como, de fato, alcançá-los.

Entretanto, de tudo que se observa da articulação mais estreita entre o binômio direito-processo, essa nova sistemática diretiva não se afigurava tão simples como a princípio poderia parecer. Apresentaram-se outras reflexões igualmente relevantes que permitiam enxergá-lo mais adequadamente no contexto em que vivemos e que, de todo modo, não poderiam ser desprezadas.

Primeiramente, damos conta que a própria complexidade dos fatos e relações jurídicas que permeiam e se entrelaçam a partir do Estado Moderno em uma constante expansão até os dias atuais afasta por completo a eventual possibilidade de uma única e exclusiva predisposição ordenada de meios determinados a obter os resultados desejados por intermédio da via judicial.

Em verdade, como produto resultante dos estudos da fase científica, a técnica processual, depois de um longo período de apego a preocupações endoprocessuais², e a despeito dos diferentes sistemas processuais do mundo contemporâneo³, deveria estar apta a se adaptar as peculiaridades características dos diferentes conflitos que o direito se propõe a resolver.

Nesse aspecto, denotamos que essa preocupação tenha levado o legislador brasileiro, diante da consciência das ondas renovatórias do processo, a progressivamente empreender uma revisão dos métodos utilizados pelo processo, haja vista as inovações trazidas com as reformas do CPC/73⁴, consolidadas no texto da nova codificação, diante da promulgação da Lei nº 13.105/2015.

Do mesmo modo que essas providências sejam nitidamente coordenadas com o objetivo de conferir maior agilidade e efetividade aos institutos processuais até então vigentes, é, entretanto, inadmissível que tais melhorias sejam adquiridas a qualquer custo ou mesmo

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 16.

³ DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005a, p. 21.

⁴ DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil**. 5ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2005b, v. 1, p. 137.

de forma desmedida⁵. Dinamarco, após tecer suas considerações sobre a necessidade de um processo voltado aos resultados esperados pelo direito material, adverte-nos que

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade⁶.

Essa conjugação de garantias que gravitam em torno do processo, na verdade, deve ser traduzida pelas reflexões de Marcelo Abelha Rodrigues que, pelo comprometimento com as bases constitucionais do Estado democrático de direito, identifica no devido processo legal a raiz de todos os demais princípios que buscam resguardar as acepções decorrentes de uma tutela jurisdicional justa⁷.

É por isso que consideramos que efetividade e devido processo legal são projeções de uma só realidade almejada no processo, fazendo todo sentido a expressão atribuída ao princípio como “a outra face da tutela justa”:

Tutela justa ou justa tutela é aquela prestada mediante um devido processo legal, com adequação de meios e resultados, seja sob a ótica do autor ou do réu, ou melhor, independentemente de quem venha a mostrar como o titular da tutela a ser prestada⁸.

A conjugação dessas reflexões serve para introduzir a problemática discutida neste trabalho. Se de um lado constatamos que a execução fiscal no Brasil é capitaneada por uma norma vigente há mais de trinta anos que ainda causa perplexidade nos operadores do direito no que se refere à comprovada inefetividade demonstrada através das estatísticas que dão conta da vultosa quantidade de processos em curso na justiça brasileira; do outro, identificamos que, diante das inúmeras críticas da doutrina, o regime jurídico-processual da técnica empregada pela Lei nº 6.830/80 merece igualmente ser revisto por conta da identificação de diversas irregularidades, comissivas e omissivas, que por algum aspecto, maculam o princípio do devido processo legal.

⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O devido processo legal e a execução civil**. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 113.

⁶ DINAMARCO, 2005a, p. 27.

⁷ RODRIGUES, 2007, p. 112.

⁸ *Ibidem*, p. 113.

A proposta dessa dissertação é justamente trazer a lume esses desvios processuais, porquanto constituam um indicativo de que, mais do que incansáveis interpretações jurisprudenciais e doutrinárias, toda a sistemática que envolve a execução fiscal precisa ser urgentemente experimentar um realinhamento legislativo em bases constitucionais.

Diante ampla natureza dos créditos abrangidos pela Lei nº 6.830/80, chamada de Lei de Execução Fiscal e que doravante iremos simplesmente nos referir como LEF, tomamos como cunho metodológico que todo trabalho será desenvolvido sobre a dimensão da recuperação judicial das exigências tributárias, até por que, como é consabido, é nessa seara que residem as maiores problemáticas relacionadas à legitimidade do rito executivo especial.

Igualmente oportuno advertir que, dentro do necessário, iremos examinar as diversas questões mediante uma perspectiva de paralelismo entre os prescritivos da codificação processual que, de alguma forma, tenham correspondência com a técnica da LEF. Compreendemos que mediante essa opção possamos extrair conclusões úteis para a análise, uma vez que a técnica processual investigada não tenha acompanhado a evolução do direito processual no Brasil.

Discriminados os limites investigativos, antes de qualquer consideração sobre os pormenores da técnica processual, devemos primeiramente ter a certificação da legitimidade do direito tutelado pela jurisdição para que, fundamentado por essa condição, possamos identificar quais os objetivos que efetivamente justificam a existência de uma técnica processual especialmente arquitetada para atender as características que envolvem às exigências tributárias em juízo.

De igual importância é determinar os contornos do princípio da isonomia processual, procurando destacar quais elementos devem ser levados em consideração para uma eventual quebra deste paradigma pela técnica processual. Este exame funciona como um preparatório para que, em seguida, no contexto de elaboração da técnica, possamos determinar quais as reais motivações que levaram à concepção de uma norma processual executiva que intensificasse a desigualdade entre credor e devedor.

Ponto subsequente, o terceiro capítulo da exposição visa justamente explorar os diversos aspectos referentes ao princípio do devido processo legal, discriminando, além das características gerais sobre a garantia no processo, a forma com que esta qualificação possui aplicabilidade dentro do processo de execução.

A quarta incursão traz a objetividade de detalhar as técnicas processuais empregadas pelo legislador para a dinâmica da execução fiscal, assumindo que, ainda que seja adequada já nesta etapa uma comparação entre os mecanismos executivos do diploma processual com a LEF, reservamos para o capítulo seguinte um exame crítico sobre a questão que motivou o trabalho.

Assim, apropriando o ponto central da pesquisa, por conta das premissas assentadas, as reflexões do quinto capítulo derivam do exame das técnicas processuais execução através da lente do princípio do devido processo legal, pelo que poderemos aferir em que medida o produto da elaboração legislativa está ou não em concreta consonância com as expectativas de um processo justo, sobretudo quanto ao respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao acesso à justiça.

Diante daquilo que podemos vislumbrar, máxime pelas conclusões extraídas, acreditamos que o estudo possa servir de contribuição a um necessário aprimoramento ou mesmo uma total reforma da execução fiscal no Brasil, observando não tanto o aspecto meramente arrecadatório, onde residem as principais atenções, mas essencialmente no que se refere a uma concepção normativa substancialmente afinada com o princípio do devido processo legal.

1 O PESO DA LEGITIMIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

1.1 OBJETOS PARALELOS AO TEMA

Dentro de uma abordagem direcionada a discutir sob o ângulo do devido processo legal as técnicas processuais utilizadas na execução fiscal, muito mais do que em outros bens tutelados pela jurisdição, é preciso ter em conta um conceito ampliado de efetividade, tal qual aquele atribuído por Dinamarco à jurisdição⁹. Contudo, se essa é uma condição necessária para a exposição, não menos importante é demonstrar a legitimidade do direito material que justificou a criação da técnica processual.

Pelas especificidades que envolvem o microssistema processual estudado, em ambas as perspectivas, o que se busca é dar justificativas à existência desse método de solução instrumentalizado pelo processo cujas finalidades devem “possibilitar que o resultado da atividade estatal contribua decisivamente para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, a eliminação dos litígios e a pacificação social”¹⁰.

Não se trata apenas de uma mera opção metodológica. Uma omissão dessa natureza, a nosso ver, constituiria um óbice à extração de “quaisquer consequências cientificamente úteis ou aptas a propiciar a melhoria do serviço jurisdicional”¹¹ e, de certo modo, poderia até comprometer a viabilidade do provimento judicial diferenciado. Admitindo que o grau de utilidade da jurisdição seja mensurado pelo alcance de certos fins que vão muito além de concretizar o direito individualmente, para avaliarmos a legitimidade da técnica na execução fiscal tão importante quanto indicar qualidades no plano processual é buscar justificá-la por elementos que fundamentem a sua existência no plano material.

A execução fiscal, mesmo que se relacione diretamente ao poder imperativo do Estado em determinar aos cidadãos o recolhimento de tributos, deve compartilhar com a jurisdição a vantagem de, no Estado democrático de direito, ter superado a postura

⁹ DINAMARCO, 2005a, pp. 181 e ss.

¹⁰ BEDAQUE, 2006, p. 17.

¹¹ DINAMARCO, 2005a, p. 181.

exclusivamente jurídica de análise de sua legitimidade¹². Esse modo de ver a questão, mesmo que não seja o eixo central da dissertação, passa então a ser um fator determinante não apenas para justificar o que se espera com a técnica, mas também para atestar se sua origem genuinamente decorre da sociedade.

De tudo isso, para o contexto da execução fiscal e até como um antecedente lógico para que possamos de fato examinar a técnica legislativa pelo paradigma escolhido, torna-se plenamente adaptada a discussão uma abordagem prévia da legitimidade da tributação, posteriormente conduzida à legitimidade da jurisdicional da execução fiscal, diante dos escopos que lhe são tipicamente atribuídos.

1.2 A LEGITIMIDADE DO OBJETO TUTELADO PELA EXECUÇÃO

A estreita relação entre a técnica processual e o direito material que determina a razão de ser de todo processo, tem notáveis implicações no processo executivo fiscal. Em verdade, a própria consciência do processualista moderno de que o fenômeno processual não pode prescindir do direito material, alerta-nos que a otimização de mecanismos que resultem no alcance dos escopos do processo está diretamente ligada ao conhecimento aprofundado da substância da matéria buscada em juízo¹³. Por esse raciocínio, Abelha Rodrigues assume os influxos do direito no processo ao apontar que os planos material e processual jamais podem caminhar como duas linhas paralelas isentas de qualquer contato¹⁴.

Na execução fiscal, não obstante, de acordo com os apontamentos preliminares, conhecer o direito material tem um significado ainda mais contundente, uma vez que pela perspectiva do próprio desenvolvimento da tributação, desde muito tempo, já tenha se constatado que o pano de fundo ao objeto da técnica processual executiva é o embate entre Estado e sociedade, onde persiste a resistência (que se pode dizer natural) do cidadão

¹² *Ibidem*, p. 185.

¹³ BEDAQUE, 2006, p. 13.

¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2ª ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: RT, 2003, v. I, p. 71.

em subordinar o gozo de seus bens particulares ao interesse do Estado, no momento em que reclama uma parcela desse patrimônio para a satisfação das necessidades públicas¹⁵.

Por isso fica tão difícil, encontrar legitimidade para essa relação conflituosa. Todavia, se no cenário atual do Estado democrático de direito supomos que existam elementos que justifiquem a atividade tributária e por decorrência a execução fiscal conduzida por uma técnica coerentemente adaptada, é porque desde os primórdios da sociedade vêm se sedimentando características que determinam a sua aceitação como um dos pilares da estrutura estatal.

Embora não seja o caso de investigar as incertezas que levaram à formação do fenômeno político¹⁶, o que devemos evidenciar é a consequência de que, já na fase embrionária da sociedade¹⁷, a coesão dos grupos mais primitivos era sustentada por meio da distribuição de tarefas e, principalmente, pela forma com que cada indivíduo contribuía para o interesse da coletividade. É nesse contexto que, segundo as explicações de Bernardo Ribeiro de Moraes, foram esboçados os primeiros traços do instituto jurídico que seria mais tarde nominado de ‘tributo’:

Podemos dizer que o tributo, na sua significação mais simples, é tão antigo quanto à comunidade humana. Aparece ele com a manifestação da vida coletiva, como necessidade imperiosa do agregado social. Afirma Gunter Schmolders: ‘Sempre que existam comunidades que tenham de satisfazer necessidades próprias, existirão também métodos para fazer com que seus membros prestem a sua contribuição material para a satisfação dessas necessidades comuns’¹⁸.

¹⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 43.

¹⁶ Diante das incertezas, remanesce como um dos assuntos discutidos pela ciência política o debate referente às causas que resultaram na formação do Estado. Sinteticamente, a imprecisão decorre de pelo menos três teorias: a visão aristotélica coordenada no sentido de que seria uma característica imanente ao homem viver em sociedade, sendo por sua natureza um animal político; a idealização de Tomás de Aquino que, por sua vez, ao não refutar que a constituição da sociedade seja fruto de uma decisão do ser humano, acrescenta a essa ideia originária os princípios moldados pela vontade divina (naturalismo ideológico); e a vertente dos chamados contratualistas, postulando várias reflexões tendentes a imaginar a figura do Estado por meio do simbolismo de um acordo firmado entre os homens cujo objeto seria “a negativa do impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade” (DALLARI, Dalmo. 2ª ed. Atual. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9).

¹⁷ Como nos explica Bonavides, “os conceitos de Sociedade e Estado, na linguagem dos filósofos e estadistas, têm sido empregados ora indistintamente, ora em contraste, aparecendo então a Sociedade como círculo mais amplo e o Estado como círculo mais restrito. A Sociedade vem primeiro; O Estado, depois.” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70).

¹⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 349.

Perceptível que essas seriam então as primeiras noções coordenadas pela necessidade de contribuir para o ambiente coletivo, que mesmo antes da concepção moderna de Estado, já possuía uma carga valorativa de um verdadeiro “ônus” a ser suportado pelo indivíduo, como condição para que haja o convívio social¹⁹. Se ainda não havia qualquer preocupação com a preservação da individualidade, era bem perceptível a imprescindibilidade do elemento contributivo como um requisito natural para a sobrevivência do agregado social²⁰.

Desde então, acaso realizássemos uma breve avaliação do relacionamento entre a coletividade e a tributação, indo além dessa justificativa rudimentar, é notável como novo ingrediente a noção de cidadania. Instituto originalmente idealizado pelos gregos por sua vinculação ao consentimento de oferecer subsídios para despesas militares decorrentes da defesa da *pólis*²¹, que, no entanto, somente a partir da fórmula do Estado liberal, passou a experimentar outras motivações.

Para a melhor compreensão da simbiose entre cidadania e tributação, temos que compreender que, de acordo com o modelo político articulado como uma resposta ao Absolutismo, os gastos decorrentes da manutenção da estrutura estatal eram amparados no recolhimento de tributos, contudo, diante da limitação do poder estatal, o seu fator coercitivo não prescindia do consentimento popular, cuja legitimação, nesse caso, advinha dos representantes eleitos com o poder para elaboração de leis destinadas a materializar a obrigatoriedade dos aportes financeiros ao erário (*no taxation without representation*)²².

Medida reflexa, a tributação compatível com um modelo baseado na neutralidade econômica e social, no privilégio à igualdade formal e na demasiada ênfase atribuída ao direito à propriedade privada, como principais diretrizes do Estado, era avalizada por uma

¹⁹ FAVEIRO, Vitor Antonio Duarte. **O estatuto do contribuinte: a pessoa do contribuinte no estado social de direito**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 148.

²⁰ “A constituição, a organização e manutenção das estruturas colectivas de que depende a realização integral da pessoa humana como ser social – designadamente da ordem, da segurança e defesa, da saúde, da educação e cultura, e de todo o complexo e níveis de bem-estar e do bem-ser – não seria possível sem o contributo de todos, e de cada um, devidamente institucionalizado [...]” (*Ibidem*, p. 21).

²¹ BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y derecho**. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1975, p. 135-138.

²² TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, pp. 1-8. NABAIS, J. Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 193-194.

exigência fiscal mínima que, combinada com o mínimo desperdício de recursos públicos, resultaria teoricamente na redução da sonegação fiscal²³.

Não menos por isso que, ainda que a legitimidade da tributação fosse amparada na cidadania e no consentimento, esses elementos continham uma baixa carga valorativa, porquanto o recolhimento de tributos era percebido pelos cidadãos simplesmente como um ônus decorrente da adesão ao pacto social e para o Estado como um autêntico instrumento de que dispunha para o alcance dos fins propostos²⁴.

Contudo, o que fez com que o modelo não se sustentasse foi a neutralidade político-econômica diante da multiplicação das demandas sociais. Essas circunstâncias foram determinantes para o surgimento de uma nova configuração estatal, mais próxima da sociedade e definitivamente preocupada com as desigualdades materiais da vida coletiva, que até àquele momento não eram enxergadas pelo Poder Público²⁵²⁶.

É sobre as atribuições da Administração Pública no Estado denominado ‘social’ que Casalta Nabais reconhece a presença dos custos financeiros públicos em face de quaisquer direitos do cidadão, sejam eles positivos ou negativos. Para fazer frente aos direitos sociais expõe que as despesas públicas sejam percebidas na receptividade de cada indivíduo, porquanto sejamos tanto destinatários das prestações governamentais como contribuintes, se tomarmos o ponto de vista de quem suporta estes custos. Por outro lado, circunstancialmente podemos ter os nossos direitos e liberdades individuais, de alguma forma, obstados ou aviltados. Nesse caso, o Estado também arcará com custos de manutenção dos serviços públicos, na medida em que haja onerosidade em manter todo

²³ CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 81.

²⁴ *Ibidem*, p. 80.

²⁵ BONAVIDES, 2007, p. 164-165.

²⁶ Bobbio, por suas ponderações, procura externar o que representou a passagem do Estado liberal para o Estado social em termos dos direitos incorporados ao regime constitucional do cidadão ao assentar que “Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado” e, de forma concludente, determina ainda um diferencial entre as novas responsabilidades do Estado e a antiga fórmula de organização do ente público, acrescentando que “é supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela prática de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer a intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de estado, o Estado Social.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 92).

o aparato de acesso à justiça à disposição da coletividade.²⁷ A cidadania, seguindo esse enquadramento, passaria a ter um apelo ainda mais abrangente na medida em que legitimar a tributação é fazer com que o Estado transcenda a condição de mero interventor na economia ou de simples transformador social.

Conquanto a fórmula social tenha aprimorado a atuação do Estado em face da sociedade e tenha incorporado características como o império da lei, a separação de poderes e o enunciado das garantias individuais, típicas do Estado liberal²⁸, mesmo assim se tornou um modelo superado, na medida em que sobre suas bases tenha se formado o Estado democrático de direito, coordenado a partir das virtudes de seus predecessores por meio de uma leitura democrática da sociedade.

Explorando seu significado, José Afonso da Silva observa que não se trata de uma união formal das expressões “Estado de Direito” e “Estado Democrático”, mas de um conceito novo, porquanto na sua acepção interpretativa o signo “democrático” qualificaria o Estado, fazendo como que todos os seus elementos constitutivos fossem impregnados pelos valores da democracia em sua acepção mais ampla. Percepção que, conforme acrescenta, antevê sua manifestação não apenas de forma estática, através do sufrágio universal, mas também pela necessidade de participação efetiva do cidadão nas decisões e na formação dos atos de governo²⁹.

1.2.1 A legitimidade da execução fiscal sobre as bases do Estado democrático de direito

Todos os institutos jurídicos, nos relevos que atualmente prevalecem, ancoram seus princípios e diretrizes na modelo político do Estado Democrático de Direito, uma vez que seja este a moldura aplicada por grande parte dos Estados contemporâneos e na qual incluímos o Brasil. É por essa perspectiva que devemos compreender e interpretar a execução fiscal, pretendendo que a atuação estatal por meio de uma técnica processual destinada à captação coercitiva de recursos públicos não se afaste das diretrizes

²⁷ NABAIS, José Casalta. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado social**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, vol. 88, p. 269-308, set/out. 2009, pp. 275-276.

²⁸ DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democratica**, pp. 29 e ss.

²⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Consitucional Positivo**, p. 119.

equacionadas pelo desenho democrático, sobretudo quanto à condição de que a ciência processual tenha evoluído em tal direção, de forma que tenha agregado os valores preponderantes nesse novo cenário.

Entretanto, o fato de que, por meio de uma investigação do fundamento individual do fenômeno financeiro estatal, constatamos que a ideia de que o ato de contribuir à sustentação dos gastos públicos esteja revestida por um predicativo de essencialidade, leva-nos a refletir se, ao serem reconhecidos como destinatários dos direitos fundamentais, aos cidadãos seria possível imputar no constitucionalismo moderno, e sobre qual justificativa, um dever também fundamental de recolher tributos que, de alguma forma, transcenda a relação jurídico-tributária em que radica a tributação³⁰, como expressão do poder de império do Estado e que, a partir dessa nova perspectiva, esteja amparada a própria razão de ser do processo executivo especial, porquanto estejam os cidadãos convencidos da importância do resultado da demanda judicial na estrutura do Estado democrático de direito.

A relevância desse questionamento, no contexto da execução fiscal, passa em parte pela noção de que o processo, no momento em que se configura como uma instituição humana imposta pelo Estado, tem sua legitimidade sustentada não apenas pelos objetivos a que se propõe alcançar, mas “igualmente no modo como estes são percebidos e sentidos pela sociedade”³¹. Constitui-se como genuíno “canal de comunicação entre a regra e a sociedade, a fim de adequá-la à realidade e às necessidades de seu tempo”³².

1.2.1.1 A fundamentação da técnica processual pelo dever de recolher tributos

Em busca das respostas é relevante a utilização da dogmática jurídica, para que, primeiramente, possamos extrair o que está por traz da noção de ‘dever’, entendido como

³⁰ Compreendemos que exista uma outra perspectiva, além da tradicional compreensão de que o objeto do processo da execução fiscal materializa-se com o crédito regularmente inscrito em dívida ativa, em decorrência do decumprimento de uma relação obrigacional, esta, constituída por meio do lançamento tributário. Dimensão que se determine pela forma como o cidadão, transcendendo a sua individualidade, absorve o próprio objeto da demanda executiva.

³¹ DINAMARCO, 2005a, p. 181.

³² BEDAQUE, 2006, p. 60.

gênero, do qual resulta a espécie abordada neste exame. Verificamos, sobre essa matéria que, enquanto positivistas como Kelsen não vislumbram uma diferença entre ‘dever’ e ‘obrigação’, utilizando ambos os termos indiscriminadamente³³, o próprio conceito de ‘dever’ tem sido objeto de longa discussão jusfilosófica sem, no entanto, ser obtido um *status* de unanimidade, na medida em que são empregados diversos critérios na investigação de sua essência.

Originariamente, temos em Kant as primeiras considerações acerca da diferenciação entre os institutos. Dever, segundo o filósofo alemão, estaria despido de qualquer conteúdo jurídico³⁴, considerando que equivaleria àquele ato inerente da vontade interna do indivíduo, sem qualquer expectativa quanto aos resultados de tal ação. Ou seja, Kant prescreve o dever na esfera da individualidade, movido pelo simples fato de algo ser bom em si, o que por isso prescindiria a quaisquer condições. Em sua classificação, o dever é relacionado ao que ele denomina de imperativo categórico. Por outro lado, o móvel de uma obrigação decorre de circunstâncias alheias à vontade interior. Existe um elemento condicional que impõe uma ação com vistas a um determinado objetivo, podendo ser empregado até mesmo o uso da força ou sanção, em caso de descumprimento. Por esse entendimento, o dever estaria inserido no campo ético-moral e a obrigação seria corporificada pela ideia de legalidade, por decorrer da obediência a uma norma jurídica.³⁵

Compartilhando a mesma interpretação filosófica do *locus* do dever no campo da moralidade, destacamos ainda as ponderações de John Rawls³⁶ e Karl Larenz.³⁷ O primeiro determinando o dever como um valor ou como uma moral objetiva e o segundo, ao ressaltar a face ética-individual do dever, autônomo, em contraposição a força coercitiva do direito.

³³ "O positivismo kelseniano não diferencia dever jurídico de obrigação jurídica, derivando ambos do mandamento de uma norma positivada. A diferenciação efetuada é tão somente entre dever jurídico e dever moral." (CARDOSO, 2014, p. 20).

³⁴ Essa é a mesma posição defendida por Rafael de Assis Roig. (ROIG, Rafael Assis. **Deberes y obligaciones en la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 67).

³⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 1ª ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 82-88.

³⁶ RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica**. In: Lua Nova – Revista de cultura e política. São Paulo: CEDEC, 1992, n. 25, p. 48.

³⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: ERDP, 1958, p. 22

De fato, compreendemos que o Estado Democrático de Direito exija uma justificativa à contribuição para o sustento dos gastos públicos consubstanciada na ideia de que os cidadãos, assim o fazendo, estarão aportando os recursos necessários para concretização dos valores defendidos pela Constituição, nitidamente quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e a própria viabilização dos direitos fundamentais, sejam eles positivos ou negativos. São os efeitos irradiantes da Constituição que se espraiam por todo ordenamento jurídico. E, assim como ocorre no plano material, no plano processual também não podemos perder de vista, que a técnica empregada não pode se furtar a identificação, de maneira geral, de seus contornos na matriz constitucional.

De todo o modo, retornando a ótica material, reconhecemos que as teorias apontadas até então, não dão conta desse papel, posto que, cada qual, a sua maneira, deixa de enxergar os deveres para além dos limites éticos da consciência individual, ignorando, por sua vez, que na realidade o cidadão esteja inserido no meio social e como tal deva municiar esforços para que, pela instrumentalidade do Estado, possam ser atendidas as necessidades coletivas.

Acrescemos a essa questão o fato de que igualmente a contribuição ao erário também não poderá ser enquadrada como uma obrigação moral, uma vez que, como tal, permaneça como mecanismo de pressão social sobre o indivíduo, na qual se vê obrigado a adotar determinada conduta na comunidade. Hart alerta-nos que “é grande a pressão social exercida sobre os que dela se desviam ou ameaçam desviar-se”³⁸.

A natureza do dever de recolher tributos que irá amparar a construção técnico-processual da execução pública e que, por isso, buscamos, vindica a atribuição da responsabilidade social ao cidadão, porquanto não se conceba a ideia de uma emancipação absoluta da autonomia individual³⁹. Nesse sentido, Chulvi, ao elaborar um tratamento constitucional para a matéria, defende a juridicidade dos deveres na medida de sua diferenciação de obrigações jurídicas. Emprega, para tanto, como critério de *discrímen* os interesses protegidos, apontando que

³⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 96.

³⁹ NABAIS, 2012, p. 62.

A distinção entre os conceitos de dever, obrigação e sujeição tem também justificativas em relação aos interesses protegidos; assim, enquanto a obrigação é um comportamento específico, necessário à satisfação do interesse de terceiro, o dever é um comportamento não específico para satisfazer os interesses de outros. Quando a titularidade do interesse afetado corresponde a outras pessoas, a norma que impõe o dever é uma regra ética sancionada juridicamente⁴⁰.

A jurista espanhola sustenta a característica genérica da titularidade dos deveres jurídicos, posto que, diferentemente das obrigações, não haveria como identificar quem seriam os sujeitos destinatários da relação jurídica. Configurado eventualmente o descumprimento do dever jurídico, caberia ao órgão estatal o exercício da prerrogativa de exigência que, nessa situação, seria convolada em obrigação jurídica e que mais adiante, na constância de um eventual inadimplemento, permitiria a utilização da via judicial, como instrumento de coerção.

É em virtude desse fatores que adotamos a tese de que a execução fiscal seja sustentada por um dever jurídico fundamental articulado pelos moldes constitucionais seja a mais adequada ao substrato de um Estado Democrático de Direito, pelo que evidenciamos que, dentro da ótica tributária, nosso texto diretor, a despeito de genericamente mencionar a observação aos deveres⁴¹, claramente relaciona o elenco de tributos possíveis de serem instituídos, bem como a quem cabe a competência para tal⁴². Consideramos essa perspectiva pela interpretação do Capítulo I do Título VI da Carta vigente, porquanto delegue aos entes políticos a capacidade de instituição de tributos, sem, no entanto, carecer da edição de leis infraconstitucionais para que efetivamente os tributos possam ser exigidos.

O dever de contribuição ao erário, porquanto avalize o direito material público exigido judicialmente por intermédio da execução fiscal, surge ainda como elemento veiculador de “um valor ético-social de cada um contribuir com os meios de que dispõe e segundo sua capacidade contributiva”, uma vez que decorra “da própria inserção da pessoa na sociedade e da construção de um conceito de cidadania”⁴³.

⁴⁰ CHULVI, Cristina Pauner. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.22 (tradução livre do autor).

⁴¹ Art. 5º [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁴² Art. 145 e ss. da Constituição Federal de 1988.

⁴³ CARDOSO, 2014, p. 23.

Conquanto a exigência de tributos seja consentida, desde o momento em que haja lei elaborada por um parlamento eleito de forma democrática, o objeto sujeito à tutela jurisdicional da execução fiscal, que serve de fundamento para a técnica processual, retira sua autêntica legitimidade do dever de recolher tributos. É através do comprometimento do cidadão que surge em contrapartida para a Administração Pública um poder-dever de exercer sua dimensão finalística acentuadamente destacada pela CF/88 que, ao submeter ao contraste a disparidade entre a norma e a realidade, diagnosticando a premência da maximização das atribuições estatais⁴⁴, criou uma magnitude sem precedentes de direitos sociais⁴⁵.

1.3 OS ESCOPOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NA EXECUÇÃO FISCAL

Se por um lado as demandas sociais constituem a matéria prima do aparato administrativo estatal, na medida em que, ao receber os influxos e estímulos da sociedade, sua função imediata seja providenciar uma adequada decodificação das deficiências, de modo que respostas plenamente adaptadas à realidade possam ser oferecidas à coletividade⁴⁶, por outro, para fazer *jus* a tais responsabilidades, mediante um raciocínio teológico, a técnica da execução fiscal deve ser compreendida como uma predisposição ordenada de meios destinados à concretização de certos fins⁴⁷.

Daí decorre que, tão importante quanto compreender que a legitimidade do direito material como pressuposto da técnica processual, passa a ser essencial determinar os escopos do processo de execução fiscal, enquanto instrumento a ser justificado perante a sociedade. Para tanto, buscar a adequada fundamentação reside em, desde logo, assumir a insuficiência a unidade teleológica tradicional do processo no qual sua função seria,

⁴⁴ “A efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade funcional brasileira, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram um *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar todas as situações que a contemplam” (BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Constitucionais e Relações Privadas, p. 308.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 373-374.

⁴⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais**. Disponível em: < http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/14_AdmPubDemocratica.pdf >. Acesso em: 13 ago. 2014.

⁴⁷ DINAMARCO, 2005a, p. 275.

dentro do possível, o fornecimento de “um resultado idêntico, formal e substancialmente, àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais”⁴⁸.

Conquanto seja um dos efeitos esperados da tutela jurisdicional, não nos parece compatível ao estudo trabalhar com uma dimensão tão restrita, na qual a preocupação do legislador processual ficaria confinada na captação de meios que incrementassem a arrecadação de tributos. Por essa ótica, a técnica da execução fiscal até poderá ser efetiva, contudo não necessariamente haverá algum compromisso com eventuais resultados maléficos que dela podem decorrer⁴⁹.

Além disso, uma efetividade desta natureza, legitimada unicamente pela performance e alcançada por meio de técnicas de manipulação eficiente dos elementos do sistema, deixa de ser desejável, uma vez que desconsidera os valores importantes do processo⁵⁰. Na espécie, se o aumento da carga tributária não pode ser tomado como uma finalidade exacerbada, pela lógica do sistema tributário, o processo executivo fiscal também não pode ser orientado por uma técnica processual que se determine por uma tutela auferida a qualquer custo, sem qualquer virtuosidade no que diz respeito a outras funções da atividade jurisdicional.

Embora guarde dentre as suas peculiaridades⁵¹ a evidência de que o resultado financeiro da execução fiscal deva diretamente reverter-se em benefício da sociedade, nem por isso podemos negar que outros fins possam ser franqueados à atuação do Estado-arrecadador em juízo. Pela observação das expectativas do fenômeno processual por diferentes ângulos visuais é que deduzimos que a função jurisdicional, ao receber influências do tempo e do espaço, transcende ao caráter individual, tendo que ser examinada pelo modo

⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24.

⁴⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e processo de conhecimento**. Revista de Processo, São Paulo, v.26, out. 1999, p. 59.

⁵¹ Entre outras questões, a despeito de formar-se através de uma relação jurídica triangular entre autor, juiz e réu, segundo a teoria majoritária que procura explicar a natureza jurídica do processo, a execução fiscal detém a particularidade de constituir-se através de um ente dotado de “tríplice função”, na medida em que, além de elaborar a lei tributária, o Estado é também seu destinatário como aplicador do direito, ao mesmo tempo que traz para si a competência para julgar a lide que venha a ser decorrente. (MARINS, 2012, pp. 46-47)

em que é percebida na sociedade em que se insere⁵². Na execução fiscal esse caráter público fica ainda mais evidente, uma vez que a Fazenda Pública, para todos os efeitos, tem a atribuição de representar judicialmente os interesses de uma sociedade cujos valores eleitos no teor da Constituição vão além do que simplesmente prover os recursos para a promoção das políticas públicas. Diante disso é que, a nosso ver, uma apreensão da legitimidade jurisdicional da execução pode refletir, positiva ou negativamente, na própria legitimidade da tributação.

1.3.1 *Algo a mais do que a busca do incremento da arrecadação de tributos*

Uma das formas encontradas pela doutrina para melhor adaptar os efeitos da jurisdição com os anseios sociais foi exatamente trazer para dentro das discussões processuais as responsabilidades externas ou metajurídicas da função estatal, substancializando com esse outro enfoque o reconhecimento do aspecto ético do processo⁵³. Diante da proposta, que se configura como uma tendência universal, a moderna teoria processualista, sem se afastar da visão jurídico-teleológica do processo, amplia seu grau de utilidade pela incorporação de escopos políticos e sociais inerentes às demandas judiciais⁵⁴.

O processo como um sistema aberto quanto às finalidades a alcançar que, a todo momento, devem estar em sintonia com a dinâmica da sociedade, funciona como um instrumento político na medida em que as decisões judiciais tomadas em seu conjunto prestam-se a legitimar a autoridade estatal na prerrogativa do exercício jurisdicional⁵⁵, ao mesmo tempo, para o cidadão representa uma garantia de que no Estado democrático de direito não será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal⁵⁶.

Sob a perspectiva social, o que se espera é a credibilidade de que o processo, ao abandonar fórmulas exclusivamente jurídicas, seja um meio de canalização da pacificação social por

⁵² DINAMARCO, 2005a, pp. 182-183.

⁵³ DINAMARCO, 2005b, p. 60 e ss. BEDAQUE, 2007, p. 39.

⁵⁴ Afiançando essa posição, Dinamarco entende que “a instrumentalidade do processo à ordem político-constitucional é tão íntima, que o desvio das diretrizes processuais preestabelecidas e asseguradas constitucionalmente constitui perigoso caminho à violação de regras substanciais da própria Constituição” (DINAMARCO, 2005a, p. 66).

⁵⁵ DINAMARCO, 2005b, pp. 128-129.

⁵⁶ ASSIS, Araken de. **Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas**. In: Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: RT, 2001, p. 423.

intermédio da solução de conflitos impulsionada por critérios justos, demonstrando a certeza quanto à existência ou inexistência das relações jurídicas e, que de modo reflexo, cumprida essa função, deve servir como medida educativa aos cidadãos quanto aos seus direitos e obrigações, na mesma proporção em que por ele possa também reconhecer os direitos de terceiros⁵⁷.

Os escopos jurídico, político e social do processo devem ser observados de forma orgânica, porquanto não sejam dimensões estanques de um mesmo objeto. Muito pelo contrário, são orientações que estão em permanente interação e mútua influência⁵⁸ e, é a partir do desejado e justo equilíbrio entre finalidades igualmente relevantes, que tiraremos conclusões sobre a qualidade da técnica processual em se amoldar as especificidades das tutelas diferenciadas.

Bem frequente, por exemplo, que as regras processuais tenham que traçar contornos que equalizem exigências opostas como a celeridade e a ponderação, onde o que está em questão é a preservação da qualidade da jurisdição (escopo jurídico) sem que haja um comprometimento da eficácia social por uma eventual inoportunidade decorrente da demora⁵⁹. Na técnica processual da execução fiscal, essa problemática fica bem visível, uma vez que sua concepção tenha, de fato, sido pautada para ser um procedimento célere, em função da urgência de recuperação dos créditos fazendários, contudo desprovido das mínimas oportunidades para a cognição compatível com uma tutela executiva.

Passa também por uma constatação particular a circunstância de que, ainda que através do escopo político da execução fiscal indiretamente se reforce a autoridade do Estado em tributar, essa pretensão só consegue atingir seu objetivo se tanto o escopo social como o escopo jurídico forem percebidos de forma positiva pela sociedade. O papel da técnica processual da execução fiscal deve demonstrar realmente que é efetiva em prover os resultados práticos que dela se espera, fazendo com que os cidadãos fiquem menos propensos à sonegação e, de igual forma, ter o efeito educativo de fomentar a contribuição espontânea ao erário.

⁵⁷ DINAMARCO, 2005b, pp. 195-197.

⁵⁸ DINAMARCO, 2005a, p. 188.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 282-283.

Ainda que pelas conclusões parciais alcançadas tenhamos revelado que tão relevante quanto definir a técnica processual é precisar as finalidades que serão alcançadas com o processo, tal como uma decorrência das concepções modernas da ciência processual, a experiência tem evidenciado que na dinamização da execução fiscal, assim como ocorre com outras tutelas procedimentais, as soluções encontradas pelo legislador estão longe de contemplar de forma ampla e irrestrita os objetivos da atividade jurisdicional. Naturalmente, o que se pode esperar de uma técnica sem uma adequada percepção dos propósitos são resultados indesejados, na medida em que conduzem a uma valorização exagerada do meio, em detrimento do fim⁶⁰.

Em função dos pontos já discutidos, anotamos que essa descontinuidade nos remete então às questões a serem examinadas no próximo capítulo, destinado à investigação dos fatores que permitem a quebra da isonomia pela técnica e dos aspectos motivacionais que levaram à criação do microssistema processual, de modo que possamos identificar como tais circunstâncias causam reflexos sobre a presença do aspecto constitucional observado a partir desse contexto.

⁶⁰ BEDAQUE, 2007, p. 42.

2 A QUEBRA DA ISONOMIA NO PROCESSO E INTERESSES NA ELABORAÇÃO DA TÉCNICA PELO LEGISLADOR

A fase instrumentalista inaugurou uma perspectiva mais ampla de observação e análise da técnica processual, porquanto seus horizontes passaram a se preocupar com a adaptação do procedimento à realização do direito material. Desde então, espera-se no plano legislativo que a construção da norma processual seja matizada de acordo com as hipóteses que serão submetidas à jurisdição⁶¹. Não seremos originais ao compreender que, sob essa perspectiva, permaneça a necessidade de uma motivação plausível que demonstre a razoável proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade visada pela norma⁶².

Aspecto basilar, temos que ter em conta que, embora a existência de divergências quanto às correntes de pensamento de acordo com as posições ideológicas ou filosóficas adotadas pela doutrina seja uma decorrência natural de qualquer ramo do direito, é uma condição insuprimível, que não escapa ao direito processual, a existência de um consenso sobre determinadas noções essenciais a investigação científica⁶³.

Uma boa oportunidade para testamos a premissa metodológica é quando sabemos que, com a pretensão de ser adaptável às demandas em que o Poder Público deseja obter pela via judicial o adimplemento dos créditos tributários não recolhidos espontaneamente, a técnica processual estabelecida pela LEF é acentuadamente construída por preceitos direcionados a uma desigualdade favorável à Fazenda Pública em detrimento do executado no processo.

Se a aplicação subsidiária do CPC nas lacunas deixadas pela LEF não tem o efeito de proporcionar as mesmas oportunidades às partes no processo, a explicação que normalmente é disseminada é que essa especificidade conjugada com a simplificação do procedimento seriam dois fatores que motivaram o legislador a buscar uma técnica

⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 65-67.

⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. In: _____ (org.) *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 01-15.

⁶³ BEDAQUE, 2007, p. 31.

processual diferenciada, especialmente formatada para atender as necessidades de uma espécie de execução por quantia certa contra devedor solvente onde mais rapidamente os resultados decorrentes da atividade jurisdicional deveriam se converter em recursos financeiros para o Estado.

Pela tese da relevância do retorno à sociedade mediante a implementação de políticas públicas é que se poderia então inferir que o interesse protegido pela exequente é de tal grandeza superior ao do executado que de tudo justificaria a configuração aparelhada pela opção legislativa. Sustenta-se, por exemplo, que o interesse da Fazenda, como representante financeiro do Estado, é puramente público e, como tal, visaria com exclusividade o benefício da sociedade⁶⁴⁶⁵. Ainda que essa justificativa seja econômica e superficial, seria essa noção de interesse público que, por si só, determinaria um contorno particularizado da técnica processual.

O objetivo deste capítulo é justamente demonstrar que existem outros pontos de vista sobre a questão e que, por isso, somente essa fundamentação não nos convence. Um aprofundamento analítico sobre um critério como o interesse público, sujeito a múltiplas acepções e tão abrangente a ponto de justificar a extensiva desigualdade da técnica processual da execução fiscal exige muito mais do que isso.

Por essa linha de raciocínio, devemos inicialmente encontrar respostas para as seguintes questões: - Qual é a noção essencial de isonomia no processo? - Em que circunstâncias se permite que, no plano legislativo, a igualdade processual seja legitimamente mitigada? - E, caso assim se confirme, cabe ainda indagar, se o interesse que determina as funções executivas da Fazenda Pública em juízo é plenamente compatível com as hipóteses discriminantes da técnica processual escolhida.

⁶⁴ Anotamos que os críticos que se dispõem a abordar a problemática das prerrogativas processuais do Fazenda Pública justificam suas posições de forma bastante superficial, deixando, muitas vezes, de aprofundar a discussão em pontos cruciais dessa questão.

⁶⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, p. 34-38.

2.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL

A circunstância de que o *caput* do art. 5º da Constituição Cidadã enuncie a igualdade perante a lei denuncia um dos elementos propulsores de vários movimentos transformadores das estruturas sociais, presente explícita ou implicitamente nos ordenamentos jurídicos democráticos modernos. Nos ensinamentos de Humberto Ávila, a determinação configura-se simultaneamente como uma regra proibitiva de discriminações, um princípio-fim e um postulado de interpretação e aplicação do Direito⁶⁶.

Com especial evidência, considerando que a experiência histórica tenha demonstrado a insuficiência da mera proclamação da igualdade perante a lei, em abstrato, o constitucionalismo contemporâneo tem se inclinado no sentido de que o Estado promova medidas jurídicas tendentes a equilibrar situações discriminatórias diante dos casos concretos, trazendo à materialidade a máxima aristotélica de tratamento igualitário aos iguais e diferenciado para os grupos ou cidadãos que verdadeiramente ostentem condições de inferioridade diante dos demais membros da sociedade.

Essa mudança de postura estatal aparece justamente como mais um dos efeitos da transição do Estado liberal para o Estado social, sobre a qual já tivemos a oportunidade de discorrer (*vide supra* item ‘1.2’). Com exatidão, Paulo Bonavides comenta que “a igualdade deixou de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado”⁶⁷. Muito mais relevante, essa outra compreensão do fenômeno, na medida em que passou a incorporar as ideologias e valores vigentes, demonstra sua importância diante dos demais direitos fundamentais, a ponto de a igualdade alçar uma posição de destaque como “um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo”⁶⁸.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 150.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 376-377.

⁶⁸ *Ibidem*.

Conquanto na prática sua aplicabilidade e mesmo efetividade tenha um caráter abrangente, com extensão a todos os poderes políticos, nesse ponto o que realmente interessa é observar a igualdade e seus efeitos dentro da relação que envolve a atividade legiferante e o exercício da função jurisdicional. Assim, o mesmo legislador que detém uma discricionariedade balizada pelo respeito ao princípio da igualdade⁶⁹, determina a sua aplicação no processo, impondo ao magistrado a necessidade da estrita observância à isonomia entre as partes. Por isso que, além da concessão de idênticas condições de atuação e paridade de armas aos litigantes⁷⁰, é patente que o livre convencimento motivado, no decurso de todo o *iter* processual, tenha como um de seus condicionantes o dever de equacionar materialmente a informação prévia e participação bilateral em todos os atos processuais praticados (*vide infra* item ‘3.5.4’).

Não só isso. A conformidade com Estado democrático de direito reserva ao legislador, além do dever de não discriminar, igualmente a obrigação de promover medidas normativas que fomentem discriminações positivas na sociedade. São inequívocas as evidências nesse sentido, porquanto observemos a diversidade de preceitos constitucionais⁷¹ e infraconstitucionais⁷² que, de forma direta ou indireta, impulsionam tratamento diferenciado com vistas a dar relevo à igualdade material. Por outro lado, essa atuação do legislador ao elaborar a norma como elemento regulativo da vida social não pode servir de pretexto para concessão de privilégios ou para dar margem a perseguições⁷³.

De tudo é que, a aplicação da igualdade em toda a sua plenitude nos autoriza a conjecturar quais seriam os critérios seguidos pelo legislador para que a mesma lei que não discrimina injustificadamente, tenha também a função de determinar um regime diferenciado diante

⁶⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

⁷⁰ DIDIER Jr, Fredie. DIDIER Jr., Fredie, **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, 12ª ed. Rev. Ampl. Atual. Salvador, BA: JUSPODIVM, 2010, p. 44.

⁷¹ Somente citando alguns exemplos, colhemos os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, inc. XXXII e LXXVI; art. 145, § 1º; art. 146, inc. III, al. ‘c’ e ‘d’; art. 170, inc. VI, VII e IX.

⁷² Exemplificando, temos a Lei nº 12.990/2014 que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

⁷³ MELLO, 2007, p. 9.

das situações distintas em concreto⁷⁴. Em nosso contexto, a isonomia, como um dos princípios a serem manejados pela técnica processual, deve atender às reflexões de Barbosa Moreira sobre a funcionalidade do sistema processual. Entende o processualista que, pelo papel a que se reservam os princípios, eles devem ser tomados como meios para um fim essencial, qual seja, a realização de uma boa justiça. Se os tivermos como inflexíveis, acabaremos indo no sentido contrário ao objetivo apresentado⁷⁵.

No âmbito de uma crítica à técnica processual parametrizada pelo devido processo legal, aquelas indagações que deram origem a análise versada é bem provável que o primeiro passo seja verificar: "qual o critério legitimamente manipulável, - sem agravos à isonomia - que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos"⁷⁶ E mais: "qual o estado de coisas o Poder Legislativo pretende objetivamente atingir ou manter com os efeitos que supostamente serão provocados com a diferenciação"⁷⁷; e se, "há normas constitucionais que protegem, direta ou indiretamente, a finalidade objetivamente eleita pelo Poder Legislativo?"⁷⁸.

Por outras palavras, se já tínhamos adiantado que essa medida de comparação não pode ser eleita aleatoriamente, nem tão pouco pode determinar-se por desequiparações fortuitas e injustificadas, ao reconhecermos a presença de um elemento tomado como fator de desigualação na técnica processual, devemos aferir se entre ele e a disparidade estabelecida pela desigualdade gerada existe, de fato, uma justificativa racional ou uma correlação lógica abstrata, e principalmente, se tal relação é compatível com os interesses prestigiados pela Constituição⁷⁹.

Etapa seguinte, se é amplamente divulgado que o critério que vinculou o legislador seja a presença do interesse público e que, como tal, foram construídas as regras para a

⁷⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Les Principes Fondamentaux de la Procédure Civile dans la Nouvelle Constitution Brésilienne**. In Temas de direito processual (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 39-47.

⁷⁶ MELLO, 2007, p. 72.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁹ MELLO, 2007, pp. 17-18.

execução fiscal que desnivelaram ainda mais o credor e o devedor, é adequado expor a dimensão desse *discrímen* no Estado democrático de direito.

2.2 O INTERESSE PÚBLICO ADEQUADO À TÉCNICA PROCESSUAL

2.2.1 *Os interesses que se interpenetram na execução fiscal*

Antes de adentrarmos propriamente no assunto, cabem algumas distinções. O interesse ou motivo que sensibilizou a construção da técnica processual não se confunde com o interesse das partes no processo e nem tão pouco tem a haver com o interesse público, inerente a toda atividade jurisdicional.

Fica distante para o que queremos, trazer para o tópico as reflexões doutrinárias que há muito tempo perceberam a conexão entre interesse e processo e o próprio direito⁸⁰. As razões que animaram à elaboração da norma processual especial definidas como componente essencial para a aferição de sua legitimidade constitucional transcendem ao mero interesse de agir que subsiste em todo conflito intersubjetivo, pertinente a todas as causas de jurisdição contenciosa. Na espécie, é aparente que a incumbência da Fazenda Pública é comprovar os motivos do ajuizamento da ação por meio da existência de obrigação líquida e exigível não adimplida, dimensionada nos autos com a Certidão de Dívida Ativa⁸¹. Não obstante, este interesse não é o mesmo que, no compasso das discussões no parlamento teve como produto final a Lei de Execução Fiscal, determinada

⁸⁰ Cernelutti considera que o conceito de interesse seja de fundamental importância nas incursões sobre o processo e direito (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. I, p. 55). Chiovenda pondera que o interesse de agir, seja ele legítimo ou jurídico, decorre da necessidade que assiste ao autor de provocar a intervenção dos órgãos jurisdicionais para se obter um bem garantido em lei, sem a qual sofreria um dano injusto. (CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de direito processual civil: as relações processuais a relação processual ordinária de cognição**. 3ª ed. - Campinas, SP: Bookseller, 2002, v. I, p. 226).

⁸¹ Deve ficar bem definido que o interesse de agir na execução fiscal, amparado na existência de inadimplemento da obrigação tributária certa, líquida e exigível, é comprovado pela Fazenda Pública mediante a juntada à inicial da Certidão de Dívida Ativa, devidamente confeccionada com os requisitos do § 5º, do art. 2º da LEF. Pelas regras da técnica processual executiva, a necessidade de avaliação desses pressupostos por intermédio de uma dilação probatória robusta só é admissível pela via dos embargos à execução. Por outro lado, se evidente seu descumprimento, ensejam a ausência de interesse processual. (CAIS, Cleide Previtali. **O processo tributário**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2013)

a instituir um regime jurídico-processual diferenciado que irá prescrever uma dinâmica singular em juízo entre o representante financeiro do Estado e o devedor tributário. Considerando que seja esse é o verdadeiro ponto determinante do microssistema processual, devemos então distinguir quais seriam as qualidades que deve dispor o interesse público para se tornar compatível com a técnica processual.

2.2.1.2 Interesse público conforme o atual paradigma constitucional

Das lições de direito administrativo extraímos que a Administração Pública, a despeito de poder se relacionar com os seus administrados por normas regidas pelo direito privado, realiza grande parte de seus atos com base em um regime jurídico diferenciado, mercê dos direitos e deveres que lhe são peculiares e não extensíveis aos particulares, referenciando-se para o denominado regime jurídico-administrativo. Nesse sentido, esse regramento especial funciona basicamente pelo estabelecimento de sujeições e prerrogativas ao Estado. Avistamos que, se por um ângulo, os atos da Administração Pública estejam balizados pelo respeito à proteção dos direitos individuais, consubstanciados por certos princípios constitucionais⁸², sobretudo pela observação da legalidade, princípio norteador do Estado de Direito; por outro, contrapondo a essas limitações, sobressai sua missão de satisfazer os interesses coletivos⁸³, motivo pelo qual o exercício da função administrativa, eminentemente teleológico, é avalizado por condições jurídicas que, em primeira análise, materializam vantagens para o Estado em relação aos administrados.

Essa atuação, por essa via de mão dupla, segundo Mello, é delineada pela consagração de dois princípios: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público⁸⁴. Agregamos que a supremacia, a despeito de não compor expressamente os ordenamentos jurídicos, estabelece-se como um princípio geral do direito que condiciona a existência de qualquer sociedade, configurando-se, por isso, em um pressuposto lógico

⁸² Sobre o tema, esclarece Di Pietro que "a Constituição federal de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 67)

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 63-65.

⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. Ref. Ampl. Atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.

do convívio social. A Carta Magna de 1988, nesse particular, detém várias regras inspiradas na superioridade do interesse público⁸⁵.

À margem das generalidades, que normalmente não rendem maiores problemas, as discussões sobre o tema têm demonstrado que a grande celeuma jurídica consiste na determinação dos limites e das distorções do que se pode configurar “interesse público”, uma vez que mesmo se o avaliarmos como um conceito legal indeterminado⁸⁶, dotado de vagueza⁸⁷, forçosamente devemos encontrar uma maneira de compreendê-lo, posto que “dependendo da interpretação pugnada, poderia, inclusive, ensejar consequências totalmente contrapostas ao próprio princípio”⁸⁸. Por isso não é difícil perceber que o aprimoramento desse aspecto é condição para um exame da estruturação de uma técnica processual de acordo com o devido processo legal nas ações centradas na Fazenda Pública.

Consciente dessa necessidade, máxime diante dos apontamentos de vozes autorizadas da doutrina chegam até a contestar sua existência⁸⁹, Daniel Sarmento prenuncia a necessidade de uma nova formulação para o conceito “mais compatível com os direitos fundamentais do administrado e o estatuto axiológico do Estado Democrático de Direito”⁹⁰. Posição semelhante defende Odete Medauar que, a despeito de reconhecer a hegemonia do princípio do interesse público, esclarece que ele “vem sendo matizado pela ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses presente numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício ‘*a priori*’ de nenhum interesse”⁹¹.

A tese defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello acrescenta mais ingredientes a questão. Conquanto a matéria possa ter contornos abstratos, o administrativista revela-nos que o interesse público se fundamenta no “interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual”⁹². Essa reflexão, de plano,

⁸⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 27.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

⁸⁷ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 38.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 38.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, 2006, p. 44-45.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos**. In: SARLET, Ingo (coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. v. I, tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 31.

⁹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2004, p. 153.

⁹² MELLO, 2003, p. 59.

afasta a ideia de que as ações estatais sejam contrárias ao proveito esperado por cada cidadão. Há uma relação íntima e indissolúvel entre os interesses público e individual, resultando na conclusão de que “o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade entificada juridicamente no Estado”⁹³.

Por outra ótica, as reflexões de Marçal Justen Filho apontam para a possibilidade de um desenvolvimento do estudo a partir daquilo que não seria considerado interesse público. Não podemos confundi-lo, por exemplo, com os interesses pessoais do agente público. O fato de o cidadão estar investido na função pública não o autoriza a patrocinar seus próprios interesses, utilizando o aparato estatal, sob o pretexto da presença do interesse público⁹⁴.

Constitui também um grande equívoco entendê-lo através da identidade de seu titular, reputando que tal condição nos levaria a admitir que todos os interesses perseguidos pelo Estado seriam públicos. Com efeito, uma interpretação desta natureza provoca uma inversão lógica e axiológica, na medida em que o Estado, para que se apresente como ente político empreendedor das finalidades constitucionais, pressupõe que antes dele já exista a noção original de interesse público. Além disso, a partir das evidências, verificamos que as atividades voltadas ao interesse público são também desenvolvidas por entidades não estatais, tais como as realizadas pelo chamado terceiro setor (organizações não governamentais). Com precisão, aduz ainda o referido jurista que, em um Estado democrático de direito, nenhum interesse exclusivamente privado poderá ser atribuído ao Estado, posto que ensejaria uma afronta direta ao Princípio Republicano, coordenando que a ‘coisa pública’ deva estar minimamente presente em todas as ações governamentais⁹⁵.

Avaliamos que os citados pontos de vista não são mutuamente excludentes e fazem parte de um processo histórico de despatrimonialização e despersonalização do poder que, na visão de Lúcia do Valle Figueiredo decorre da análise do instituto jurídico à luz do próprio

⁹³ MELLO, 2003, p. 60.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, 2006, p. 38-40.

⁹⁵ MELLO, p. 57.

sistema em que está inserido⁹⁶. Evidentemente, no atual estágio jurídico da democracia, notabilizamos um esforço doutrinário conjunto, tendente a aproximar o comportamento da Administração Pública das aspirações constitucionais de um Estado que, entre seus objetivos, deve buscar a construção de uma sociedade livre justa e solidária, garantir o desenvolvimento, erradicar a pobreza e promover o bem-estar de todos.

É certo que esse traçado jurídico, de algum modo, tem o condão de intensificar o debate contemporâneo oriundo da doutrina italiana, com grande aceitação do Brasil, acerca da diferenciação entre interesse público primário e secundário. Em verdade, ao partirmos da evidência de que "não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado"⁹⁷, fará todo sentido separar os interesses públicos primários dos interesses públicos secundários. Aqueles, estritamente vinculados à atividade-fim da Administração Pública, ao buscar satisfazer as necessidades próprias da sociedade⁹⁸, sobretudo quanto à promoção da justiça, segurança e bem-estar social⁹⁹; estes, com características instrumentais, substancializam-se através das atividades-meio do Estado que Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica como a gestão interna, de pessoal, de bens, atos ou serviços do aparato estatal¹⁰⁰.

Em outra acepção, definida por Luiz Roberto Barroso, e que consideramos aproxima-se do contexto deste trabalho, o interesse público secundário é próprio da pessoa jurídica de direito público, identificando-se em ampla medida com os objetivos do erário, direcionados, em termos orçamentários, à maximização da arrecadação e à redução das despesas¹⁰¹.

O jurista italiano Renato Alessi criador da dicotomia conceitual consigna que o interesse público secundário, enquanto interesse subjetivo do Estado, claramente perfilado por finalidades patrimoniais, não exhibe condições de sobrevivência per si, carecendo de uma necessária coincidência com os interesses primários do Estado. Acrescenta ainda que esse

⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.65.

⁹⁷ MELLO, 2003, p. 66.

⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 13ª ed. Rev. Ampl. Atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.112.

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.92.

¹⁰⁰ MOREIRA NETO, 2003, p. 112.

¹⁰¹ BARROSO, 2009, p.94.

seria o primeiro limite à supremacia administrativa, ao qual acrescenta-se o fato de que as normas jurídicas dessa natureza devem obrigatoriamente oferecer garantias de tutela aos administrados, diante de eventuais arbítrios praticados pelos gestores públicos¹⁰².

Pelas contribuições emprestadas a essa teoria, seria inconteste a necessidade de o Estado manejar suas atividades movido pelo interesse público secundário, estando demonstrada a sua relevância pelos argumentos apresentados no primeiro capítulo. Entretanto, aderimos plenamente as ressalvas de Barroso cujas reflexões indicam que "em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la"¹⁰³, perfazendo-se inadequado conceber, que com base em tal posição, a Administração Pública, desmedidamente, estivesse sempre em condição de supremacia face ao particular, em uma verdadeira aproximação dos regimes ditatoriais, pautados por ações arbitrárias¹⁰⁴.

Com efeito, a ordem constitucional vigente determina uma releitura de todo o direito a partir dos valores fundamentais que a Constituição consagra. Barroso, com muita propriedade, deixa ainda consignado que, em caso de uma eventual colisão entre o interesse público e o interesse particular, surge a necessidade de uma ponderação adequada, tendo em vista os elementos normativos e fatos relevantes do caso em concreto. Ponderação que, ao tomar como parâmetro o interesse público primário de uma maneira geral, considerando que seja a melhor realização possível do bem comum, deve concentrar especial atenção na preservação da dignidade da pessoa humana, haja vista que o ser humano passou a ser o meio de obtenção das metas coletivas ou individuais¹⁰⁵.

Mesmo que este não seja o único fator a ser considerado, não será por acaso que, no Estado democrático de direito, todas as demandas em que o Poder Público figure como parte devem ser conciliadas com as particularidades anotadas ao interesse público, fazendo com que a técnica processual tenha limites em função desses fundamentos. Na espécie, se pode parecer óbvio que um regramento processual executivo destinado a

¹⁰² ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: A. Giuffrè, 1960, p. 151.

¹⁰³ BARROSO, 2009, p. 94.

¹⁰⁴ MAFFINI, 2009, p. 39

¹⁰⁵ BARROSO, 2009, p. 93-95.

aportar recursos ao erário deve necessariamente ser conduzido pelo interesse público secundário por conta da pretensão arrecadatória do Estado, é indisponível que o dimensionamento da boa técnica processual não pode se afastar do interesse público primário a ponto de colocá-lo em segundo plano ou no papel de mero coadjuvante, dando lugar a outros compromissos ou metas abraçadas pelos agentes políticos responsáveis pela gestão pública.

Na condição de que o interesse público seja um requisito inafastável pela técnica, também não há como desconsiderar a existência de uma relação entre processo e ideologia e os seus efeitos sobre a instrumentalidade, sendo então consistente a realização de uma análise dessa interferência.

2.2.2 Influência e interesses do poder sobre o processo

2.2.2.1 Processo e os valores da sociedade

O direito, como objeto de conhecimento eminentemente cultural, pode ser, sem a menor hesitação, submetido a uma análise delimitada pela perspectiva ideológica, cultural e histórica¹⁰⁶. Embora notável a persistência de uma certa timidez por parte dos estudiosos no seu condicionamento por aspectos externos, sejam eles temporais, locais ou socioculturais¹⁰⁷, assim como ocorre com as demais ciências humanas, falar em tempo para o direito é realçar a noção de ‘tempo axiológico’ cuja configuração decorre de “uma experiência de valores, na qual atuam os fatores operacionais de escolha e de seletividade”¹⁰⁸. O instrumento processual, pelo fato de ser um canal para a sua viabilização, compartilha dessas mesmas condições.

¹⁰⁶ GOMES, Camilla de Magalhães. **História do processo – perspectiva histórico-cultural do direito processual**. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Estudos de história do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 37-41.

¹⁰⁷ GOMES, 2009, p. 39.

¹⁰⁸ REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 247.

É a partir de tudo isso que decorre uma permanente e indissociável influência entre a construção dos sistemas processuais e a ideologia vigente em determinado tempo e lugar. Para tanto, devemos assumir que, ainda que seja um conceito com múltiplas acepções, a ideologia a que nos referimos para análise é aquela cuja definição se segue pela conotação advogada por Zaffaroni e Pierangeli ao compreendê-la como “a crença de um sistema de ideias que vincula determinada conduta dos comportamentos coletivos”¹⁰⁹.

Se antes o estudo da técnica processual era realizado pela perspectiva de uma ciência isolada sem interferência do ambiente externo, foi com a identificação do cunho ideológico dentro do processo que Mauro Cappelletti expõe:

Está claro, hoje em dia, que já se passaram os belos tempos felizes, nos quais os processualistas podiam se contentar com um estudo puramente técnico, de práticas e normas locais ou nacionais. Agora, descobrimos, efetivamente que, incorporadas a essas práticas e normas, estão as grandes correntes da história do homem: as mudanças sociais e econômicas, as transformações intelectuais, as evoluções, os monopólios da civilidade¹¹⁰.

Só pela contingência de estar necessariamente mais próximo ao mundo da vida e da prática social, torna-se bem compreensível a carência metodológica que convive o direito processual ao ter que resolver as mais diferenciadas situações em uma sociedade que se encontra em constante transformação. Acaso possamos considerar isso uma desvantagem, o manejo com o direito material é bem mais suportável aos juristas, uma vez que por suas características seja bem menos volátil em relação ao meio social em que se insere¹¹¹.

Por isso que, como uma decorrência dessa constatação, a acentuada sensibilidade dos influxos ideológicos sobre o processo provoca um incremento na responsabilidade de quem propõe e determina a técnica, na medida em que são esses os fatores sociais que deverão estar presentes no produto legislativo e nas finalidades esperadas da jurisdição. Sendo igualmente coerente com a questão que não possamos desconsiderar que a confluência de interesses seja um aspecto inerente à atividade legiferante, é natural que o debate no parlamento seja pautado sobre as bases das diferentes ideologias que querem

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2004, pp. 65-66.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 370.

¹¹¹ BATISTA, Ovídio. **Processo e ideologia**. Revista de processo. Revista de Processo, São Paulo, v.110, abr. 2003, p. 991.

se fazer evidentes sobre a matéria legislada, tratando-se, na verdade, conforme a seguir, de um conjunto de aspectos que não podem ser ignorados, sob pena de uma aproximação parcial ou incompleta da técnica processual.

2.2.2.2 As diretrizes do poder e os modelos processuais

Na condição de que já tenhamos estabelecido a conexão entre ideologia e processo, há fundamentos para uma análise ainda mais capilarizada, onde poderemos relacionar o fruto da atividade legislativa com os interesses do poder e, por via de consequência, com as regras processuais a serem positivadas. Para essa abordagem, valemo-nos dos conhecimentos sociológicos, onde alguns estudiosos se ocuparam de tentar explicar o fenômeno do poder sem, no entanto, dissociá-lo da força que o direito através dele pode se manifestar.

O marco inicial geralmente escolhido para pesquisa é aquele que goza de amplo reconhecimento perante os juristas: o resultado da laboração normativa não se extrai apenas pela concepção de uma ciência jurídica autônoma, fechada e alheia às pressões externas e nem tão pouco trabalha exclusivamente com base nos fundamentos e valores sociais¹¹².

O direito, mais que isso, conforme identifica o sociólogo francês Pierre Bourdieu, interpenetra-se na sociedade sob a forma de um sistema simbólico. Ao fazê-lo, empresta significação às palavras, constituindo-se como uma das espécies de estrutura de comunicação cujo poder, independente do uso da força física, tem a virtude de construir a realidade e dar sentido imediato ao mundo, na medida em que tende a estabelecer uma ordem racional para as relações que estruturam a sociedade¹¹³. A carga valorativa relacionada à norma jurídica nessa realização é elemento essencial para que o poder possa

¹¹² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; Lisboa, Portugal: Difel, 1989, pp. 209-210.

¹¹³ BOURDIEU, 1989, p. 9.

emprestar-lhe efetividade. Do contrário, enquanto puro juízo, estaremos diante de um quase nada jurídico¹¹⁴.

Trabalhando por uma perspectiva direcionada a captar a dinâmica da coerção através das diversas conexões hierárquicas que regem o cotidiano de cada indivíduo (micro poder), Michel Foucault compreende o poder como uma relação entre dominante e dominado e não como algo que se possa tomar para si, tal como se estivéssemos diante de um objeto¹¹⁵. É por essa mesma linha de submissão que Tércio Ferraz Júnior e Calmon de Passos defendem que o Estado relacione-se com a sociedade na posição de poder originário ou macro poder¹¹⁶.

Esse encadeamento que *a priori* pode parecer pernicioso, não quer dizer que o fenômeno político, ainda que extrajurídico, coordene suas ações divorciado do respaldo da sociedade. A autoridade jurídica monopolizada pelo Estado configura-se como a forma por excelência da violência simbólica legítima¹¹⁷. Funciona como um instrumento de dominação não arbitrário, onde tanto os agentes dotados da competência para legislar, como os atores sociais sujeitos à legislação, reconhecem sua legitimidade, porém desconhecem sua presença como meio de imposição equivalente à força física ou econômica¹¹⁸. Complementa Calmon de Passos que, “se a sociedade é pressuposto essencial à condição humana, o poder, devemos também reconhecê-lo, é pressuposto essencial à sociedade”¹¹⁹.

Como instrumento de dominação legítima, tal qual uma das formas equacionadas por Max Weber, poderemos entendê-lo como decorrente de práticas consuetudinárias (poder tradicional); como originário de um laço de afetividade entre dominante e dominado

¹¹⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 48.

¹¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007, p. 179.

¹¹⁶ Explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior que o poder é uma comunicação regulada por um código, cuja capacidade de transmitir influência, afasta-o da condição de mera coisa a ser apropriada. (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ª ed. -. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41). No mesmo sentido: CALMON DE PASSOS, 2000, pp. 24-25.

¹¹⁷ BOURDIEU, 1989, p. 146.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹¹⁹ CALMON DE PASSOS, 2000, p. 45.

(poder carismático) ou associá-lo ao enquadramento de um sistema de leis (poder legal). Assim, segundo sua perspectiva, a previsibilidade e a eficiência das leis no Estado moderno seriam condições necessárias e suficientes para a compreensão de um ordenamento jurídico legítimo¹²⁰. Respeitando o ponto de vista do notável sociólogo, compreendemos que tal raciocínio não apresente a amplitude esperada para explicar a legitimidade da dominação. Até porque, se assim fosse, estariam plenamente justificados os governos ditatoriais e totalitários.

Muito mais coerente com a problemática é examinar a questão na contemporaneidade, de acordo com a percepção adotada por Bourdieu ao agregar um sentido peculiar para a legitimidade da atuação dos legisladores. Segundo ele, a aceitação das normas jurídicas pela sociedade afasta-se tanto de seu caráter de universalidade, como não pode ser considerada como efeito da adesão inevitavelmente obtida através do registro dos interesses dominantes. A ação jurídica tida como legítima exsurge da confluência das relações objetivas entre o campo jurídico, o campo do poder e o campo social¹²¹.

Linha de raciocínio semelhante é defendida no Brasil por Ferraz Júnior, cujos apontamentos definem que nem os esquematismos contidos na lei (“lícito/ilícito”, “permitido/não permitido”, etc.), nem tão pouco a força física poderia apreender o poder legitimamente constituído¹²².

Ambos os pontos de vista são aderentes à realidade democrática contemporânea, todavia não expurgam o pensamento de Weber. De fato, a legitimidade pressupõe o direito como ferramenta necessária à limitação e ao controle do poder, por isso dele não pode se distanciar. O Estado moderno, operando na base da autolimitação, não vislumbra sua atividade apartada da indissolubilidade do binômio direito-poder¹²³. Contudo, há que se ver que a esperada segurança jurídica complementa-se pelo fato de “não pode prescindir de um mínimo de aquiescência dos dominados e da redução, ao máximo, da possibilidade

¹²⁰ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4ª ed. Brasília, DF: Editora UNB, 2000, p. 526.

¹²¹ BOURDIEU, 1989, pp. 240-241.

¹²² FERRAZ Jr., 2003, pp. 33-35.

¹²³ FERRAZ Jr., 2003, pp. 40-41.

de resistência”¹²⁴, o que em outros termos deve se traduzir em “um certo grau de satisfação do dominado – um grau mínimo que seja capaz de possibilitar a paz social”¹²⁵.

Igualmente sustentável que, diante da pertinência um poder legítimo, porquanto não possamos subestimar a força dos interesses dominantes¹²⁶, passa a refletir como característico que os ideais do grupo que se ocupam de gerir os rumos do Estado, em maior ou menor intensidade, possam exercer papel de prevalência nas ações dos agentes autorizados à produção do direito. Naturalmente que admitir que o poder possa interferir no direito não é o mesmo que considerar uma confluência de interesses viciada por um ambiente antidemocrático e, nesse sentido, seus efeitos possam ser absorvidos pela técnica processual que, como um produto do ofício legislativo, não necessariamente irá conjugar de forma equânime os valores ideológicos da sociedade.

2.3 ASPECTOS PREPONDERANTES NA CONFORMIDADE DA TÉCNICA DA EXECUÇÃO FISCAL

O afastamento da neutralidade do processo na dinâmica do ambiente político-ideológico de uma determinada sociedade serve de fundamento para a visualização de uma face oculta da atividade jurisdicional. Admitindo que o poder seja exercido por meio de estratégias, é imaginável que o processo, como expressão da vontade concreta da lei, atue como um desses instrumentos que, além de servir ao exercício da jurisdição, tenha outras funcionalidades não esperadas, de tal modo que auxilie o Estado a levar a efeito as diretrizes que acolham o modelo governamental vigente¹²⁷. Para tanto é que não podemos descartar que nos contornos da técnica processual podem estar embutidos não apenas as relações concorrentes de interesses legítimos, mas os resultados da manipulação proposital da produção legislativa em franca pretensão de favorecer a gestão

¹²⁴ CALMON DE PASSOS, 2000, p. 52.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Segue daqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o etos dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes. (BOURDIEU, 1989, p. 242).

¹²⁷ SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a, *passim*.

administrativa e os valores por ela defendidos, sob o disfarce do atendimento do ‘interesse público’.

Temos que cogitar que o Estado, quando usurpado e estruturado por forças que não encontram respaldo nos anseios da sociedade, determina-se com muito mais intensidade a aparelhar-se de mecanismos capazes de desvirtuar o funcionamento das instituições que lhe dão suporte, em prol da manutenção do *status quo* de dominação ilegítima. Se ainda hoje permanecem em evidência apontamentos de Rodrigo Mazzei ao denunciar a existência disfarçada, sob o manto da legalidade, de uma política governamental no Brasil vocacionada a emplantar regras que permitam ao Poder Público a possibilidade de gozar de uma posição privilegiada nas demandas judiciais¹²⁸, com muito mais prudência devemos identificar e analisar os textos legislativos oriundos do passado, em um período em que o autoritarismo e a política do medo bastava para manter nas mãos do governo todo o poder.

É mediante essa preocupação que observamos a técnica processual de realização judicial da receita pública no Brasil, uma vez que integre aquele conjunto de atos legislativos que, a despeito de terem sido concebidos durante o período de exceção no Brasil (1964-1985), por conta do fenômeno da recepção constitucional, ainda produzem efeitos no ordenamento jurídico. São medidas que, tal como destaca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, já naquela época geravam a certeza de que o objetivo era atender outros interesses não contemplados pelos valores da sociedade:

O exame da legislação processual evidencia de que forma os grupos que empolgam o Poder se apropriam de instrumentos mais eficientes à satisfação de suas pretensões, relegando para segundo plano as aspirações da maior parte da população¹²⁹.

Ainda pela influência do poder instaurado, o CPC/73 traduz um exemplo emblemático da interferência antidemocrática sobre a criação dos institutos processuais. Considerando que por um lado a ditadura militar permitiu que ao processo fossem incorporadas as

¹²⁸ “Para ilustrar a posição defendida, pode-se elencar uma série de regras garantidoras desse micromodelo processual, tais como regras impeditivas de concessão de tutelas liminares, regras que criam entraves à efetivação de direitos coletivos, regras que enfraquecem a coisa julgada material e o mandado de segurança, dentre outras [...]” (MAZZEI, Rodrigo. **A formação de um microssistema processual do Estado contrário à ideia do modelo democrático de processo**. Revista Forense (Impresso), v. 418, p. 291-309, 2013.)

¹²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 1985.

conquistas decorrentes do reconhecimento da sua cientificidade, do outro; não afiançou que o trabalho do professor Alfredo Buzaid absorvesse as então recentes tendências da processualística, nitidamente voltadas a moldar o instrumento jurídico tendo em conta as preocupações sociais¹³⁰. Resultou desse empreendimento a concepção de uma lei com características técnico-teóricas acentuadamente impregnada por valores liberais¹³¹, com dispositivos voltados ao formalismo excessivo, bem afeito a grande maioria dos regimes autoritários¹³². Flávio Cheim Jorge destaca que em sua redação original, o Código de Processo Civil demonstra grande preocupação do legislador com a segurança jurídica, deixando em segundo plano a efetividade do processo¹³³.

Atualmente, o que carregamos com perplexidade é obter a certificação de que diplomas normativos como a Lei de Execução Fiscal realmente se encontram em consonância com os preceitos de uma constituição arquitetada sobre os alicerces de um Estado democrático de direito. Dispositivos que, tal qual o Decreto-Lei nº 911/69, regulamentador do procedimento da alienação fiduciária em garantia, mereceu as impressões de Alvaro de Oliveira sobre pontos de sua inconstitucionalidade¹³⁴ e que, mais adiante, levaram Hermes Zaneti a comentar que o art. 2º da norma permite a execução de mão própria, retornando à possibilidade da autotutela, aqui mais próxima da auto-executividade conferida à Administração Pública. Segundo sua reflexão, o Decreto vai ainda mais longe e prevê a possibilidade de busca e apreensão (Art. 3º) e, em não sendo localizado o bem, permite a quebra da estabilidade objetiva da demanda (princípio que garante que, uma vez intentada a demanda, ela deverá manter-se na configuração inicial com o mesmo objeto até o final) para que a ação original seja “convertida”, nos mesmos autos, em ação de depósito, permitindo assim a mais eficaz técnica de coação para o adimplemento, a prisão civil¹³⁵.

¹³⁰ SILVA, 2004b, p. 38.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² As classes dominantes legaram-nos um CPC de alto conteúdo técnico, incorporando as mais modernas conquistas científicas, mas, intencionalmente, esqueceram de atender aos graves problemas de organização judiciária, de administração forense, de efetiva assistência judiciária aos pobres e, no fundamental, de prover o Judiciário com verbas próprias e adequadas ao desenvolvimento do seu grave mister. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**, p. 80)

¹³³ CHEIM JORGE, Flávio. **Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução**. Revista de Processo. Ano 29, n. 114, mar./abr. 2004, pp. 301-312.

¹³⁴ **Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual**. Ajuris: Revista da Associação dos Advogados do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 12, nº 33, mar. 1985, p. 84.

¹³⁵ ZANETI, 2007, p. 179-180.

A LEF, por sua vez, ao ter um alcance mais amplo e diante das diversas críticas negativas que recebe da doutrina¹³⁶, além pontos de inconstitucionalidade resolvidos pela jurisprudência¹³⁷, deve ser analisada com muito mais cuidado, sobretudo porque há aspectos que demonstram tratar-se de uma norma anacrônica, completamente inadequada para o atual estágio processual vivenciado no Brasil. Isso é fato porque, como dissemos, se o CPC, por sua inspiração estritamente liberal, delineada pela igualdade formal sobre as bases de uma sociedade patrimonialista, privatista e civilista, imprimiu características de um processo dispositivo, defensor da propriedade, como valor absoluto e cediço das relações obrigacionais¹³⁸, arrastou para a mesma inflexão diversos sistemas processuais concebidos na sua vigência.

Na exposição de motivos nº 223 de 20 de junho de 1980 (que versou sobre o anteprojeto da Lei nº 6.830/80) esta característica fica bem evidente na medida em que é a codificação processual vigente e não a Constituição que é tomada o parâmetro principal da elaboração da norma executiva:

[...]

12. É oportuno relatar que a orientação adotada no anteprojeto resultou do confronto e da análise das três alternativas que se depararam ao Grupo de Trabalho, com tarefa preliminar e decisiva para a definição que melhor se ajustasse aos objetivos, visados:

1.a) elaboração de um texto paralelo e, no que coubesse, repetitivo do Código de Processo Civil, regulando completamente a execução fiscal, a exemplo do Decreto-Lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938, e demais leis pertinentes, cujas normas de natureza adjetiva se acham revogadas pelo estatuto processual de 1973;

2.a) anteprojeto de alteração direta e parcial do próprio texto desse Código, para nele incorporar as normas tradicionais de garantias e privilégios da Fazenda Pública em Juízo, bem como aquelas que ensejassem maior dinamização da cobrança da Dívida Ativa; e

3.a) adoção de anteprojeto de lei autônoma, contendo, apenas normas especiais sobre a cobrança da Dívida Ativa, que, no mais, teria o suporte processual das regras do Código.

14. A terceira alternativa mereceu preferência, porque, a par de não revogar as linhas gerais e a filosofia do Código, disciplina a matéria no essencial, para

¹³⁶ Nesse sentido: DINAMARCO, 2002, p. 85. MARINS, 2012, pp. 848-850.

¹³⁷ Um dos pontos nevrálgicos quanto à duvidosa constitucionalidade refere-se ao § 3º, do art. 2º e ao § 2º, do art. 8º, ambos quanto à necessidade de lei complementar por se tratarem de casos relacionados a interrupção da prescrição.

¹³⁸ ZANETI Jr., Hermes. **Processo Constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 179.

assegurar não só os privilégios e garantias da Fazenda Pública em Juízo, como também a agilização e racionalização da cobrança da Dívida Ativa.

23. O texto proposto concilia-se com os princípios e normas genéricas do Código, cuja filosofia e campo de aplicação constituem as premissas da projetada ordenação, embora esta se volte, especificamente e no essencial, para aspectos singulares da dinâmica processual, tendo em vista o interesse da realização da receita pública¹³⁹. (Grifamos)

O conteúdo ainda tem a preocupação de indicar nominalmente outras normas extravagantes que agregaram elementos à criação da LEF:

22. [...] O texto proposto levou em conta os princípios e diretrizes que inspiraram, nos últimos nos, as diversas medidas de resguardo do patrimônio público, v.g.:

- A instituição da Justiça Federal (Ato Institucional nº 2, de 27.10.65);
- A edição de normas especiais sobre o confisco de bens por enriquecimento ilícito, em detrimento do patrimônio público (Art. 8º do Ato Institucional nº 5, de 13.12.68, Ato Complementar nº 42, de 27.1.69, Decreto-Lei nº 359, de 19.12.63;
- A prisão administrativa e o sequestro de bens por infrações fiscais (Decretos-Leis nº 1.060, de 21.10.69, e nº 1.104, de 30.4.70);
- O aperfeiçoamento de normas de cobrança judicial da Dívida Ativa da União (Decretos-Leis nº 474, de 19.2.69, e nº 858, de 11.9.69);
- A definição dos crimes de sonegação fiscal (Lei nº 4.729, de 14.7.65) e de apropriação indébita de tributos (Lei nº 4.357, de 16.7.64) e de contribuições previdenciárias (Lei nº 3.807, de 26.8.60); e
- as garantias e privilégios do crédito tributário estabelecidos pelo Código Tributário Nacional [...] ¹⁴⁰.

De outra ótica, o que percebemos é que o papel constitucional é relegado a mero coadjuvante pela simples condição de autorização ao contraditório:

3. Se a este a Constituição assegura o contraditório judicial, ao Estado deve ser garantido um processo expedido de realização da receita pública¹⁴¹.

2.3.1 *'Interesse público' na Lei de Execução Fiscal*

Daquilo que inferimos sobre a compreensão do interesse público como o critério viabilizador da manipulação legislativa, constitucionalmente adequado a justificar desigualdades naqueles processos em que o Poder Público atue como parte, constatamos que, sob à égide da política legislativa vigente à época da ditadura militar no Brasil, o que

¹³⁹ Exposição de motivos e projeto 14/80. In: FLAKS, Milton. **Comentários à lei de execução fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 429-450.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

se permitia naquele contexto era uma precedência ao interesse público secundário, fazendo praticamente desaparecer as condições do interesse público primário. Esse elemento que justificou todo o contorno da técnica processual é delimitado pelo legislador na exposição de motivos pelos termos que logo se percebe a dimensão deste valor exclusivamente pelas vias de quem detém o poder:

4. Sobreleva, no particular, a importância da obrigação tributária, com características próprias, hierarquicamente superior a qualquer outro gênero de obrigação ou privilégio de natureza privada. Predomina o interesse público - econômico, financeiro e social. Em consequência, nenhum outro crédito deve ter, em sua execução judicial, preferência, garantia ou rito processual que supere os do crédito público, à execução de alguns créditos trabalhistas¹⁴².

Bem evidente que o legislador tem a noção de interesse público bem aproximada dos interesses do Estado que naquela época se compatibilizava com toda a percepção das normas de direito público. Nessa qualidade, o comprometimento acentuado com a arrecadação tributária, ainda que deixe a mostra a estreita visão que se tinha sobre o respeito aos direitos fundamentais, demonstra, não obstante, que o rito expropriatório específico harmonizava-se com os valores privilegiados pelo poder instalado que, de acordo com a própria topologia da Constituição Federal de 1967, acrescida à emenda constitucional nº 1 de 1969, já demonstrava que o estatuto de direitos do cidadão era objeto de somenos importância para a época, sendo, por isso, relegado a segundo plano.

A vista de que já tenhamos esclarecido que o processo civil, mais que qualquer outro ramo do direito, tem maior propensão a determinar-se pelas diretrizes do poder¹⁴³, pelo constitucionalismo moderno, a norma para ser considerada válida deve estar perfeitamente harmonizada com os valores constitucionais. Com isso para assinalar a validade da LEF, o primeiro obstáculo é apontado por James Marins, ao conceber dois cenários com características jurídico-políticas completamente diferentes:

Naquele regime, o Estado figura como o centro das atenções e detentor de todos os "privilégios" (como menciona a exposição de motivos da LEF) que existem exclusivamente em função da máquina pública - supostamente agregadora e centralizadora de todas as virtudes.

[...]

Toda hermenêutica constitucional estava enfeixada e amarrada pelo conceito indeterminado "interesse público".

[...]

¹⁴² Exposição de motivos e projeto 14/80. In: FLAKS, 1981, pp. 429-450.

¹⁴³ SILVA, 2004b, pp. 11-12.

Já no regime da Constituição Federal de 1988, que acaba de cumprir duas décadas, os indivíduos (direitos e garantias individuais) e a sociedade (direitos e garantias sociais) passam a figurar no foco de convergência constitucional e a noção de "interesse público", de larga abstração conteudística, passa a ser modulada pelos interesses individuais e sociais.¹⁴⁴

Diante de uma conjuntura superada que pouco ou mesmo nada oferecia em termos de garantias e direitos fundamentais, a primeira constatação a que chegamos é que, em busca da conotação pública do interesse a ser observado pelo Estado, será “inconsistente invocar a finalidade pela qual a LEF foi criada, haja vista que o contexto político e normativo era bastante diverso do atual”¹⁴⁵.

Essa conclusão ainda é ratificada pelo fato de que, pelos apontamentos sobre o poder pela perspectiva da sociologia, a própria ambiência de elaboração do sistema processual não poder ser considerada como genuinamente legítima. Falta-lhe a interação do campo social, como medida justificadora para que, ao lado do poder e do direito, das relações objetivas possamos efetivamente extrair uma contribuição legítima para a atividade legiferante (*vide supra* item ‘2.2.2.2’).

Na conjuntura democrática que vivemos, mercê da radical transformação dos valores eleitos pela sociedade contemporânea e confirmados pelos fundamentos do constitucionalismo moderno, inaugurados no Brasil com a Lei Fundamental de 1988, reconhecemos uma intolerância a qualquer contrariedade entre a Constituição, a ideologia democrática e o processo civil, legislado infraconstitucionalmente, tornando-se, a partir de então, um paradoxo aventar um direito processual da Constituição e um direito processual da lei¹⁴⁶. Em verdade, todo processo é público e constitucional, considerando que “todos os direitos são fruto de uma herança genética que no Estado Constitucional os conforma e justifica”¹⁴⁷.

Se por uma inspeção superficial a LEF em tese parece consistente com a efetividade processual alinhada em promover a aceleração da jurisdição por meio do aprimoramento da técnica processual, mais intensificada pela circunstância de que a Fazenda Pública

¹⁴⁴ MARINS, 2012, p. 752, nota 15.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 752.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 172.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

tenha urgência no recebimento dos recursos financeiros públicos¹⁴⁸, o paradigma com o qual trabalhamos conduz a uma concepção de ‘interesse público’ pautada no equilíbrio entre as finalidades do Estado como ente tributante e as garantias individuais fundamentadas pela Constituição. Por esse ponto de vista, passa a não ser suficiente a exclusiva preocupação com o cumprimento de metas arrecadatórias, onde, na própria técnica processual construída para atingir esse objetivo não assimilamos uma correlação lógica justificável entre a atribuição de prerrogativas ao Poder Público e o sacrifício das expectativas de uma norma que deveria estar consubstanciada no princípio do devido processo legal. É por intermédio desse mesmo raciocínio que Marins sob a ótica dos tributos defende que

Ao lado da necessidade de se buscar satisfazer o crédito tributário, surge a necessidade também o respeito incondicional ao sistema de garantias da relação jurídica tributária. Desse limite, por mais que se propugne pelo interesse público da satisfação do crédito tributário, não pode passar a execução fiscal¹⁴⁹.

Conforme iremos perceber nos próximos itens, no teor da técnica legislativa que cuidou da elaboração dos dispositivos da Lei de Execução Fiscal, implementando uma leitura baseada no princípio do devido processo legal, inexistem critérios ou critérios legitimamente manipuláveis que autorizem as distinções estabelecidas entre o Poder Público e o cidadão-contribuinte, assim como, a experiência tem demonstrado que a própria exposição de motivos que ensejou a edição da microsistema processual cai por terra, na medida em que o *discrímén* nem sequer tem produzido os efeitos condizentes com a esperada celeridade processual¹⁵⁰.

Para a condução dessa proposta, não podemos prescindir de no capítulo seguinte dissertar sobre outros desdobramentos do princípio do devido processo legal, cujas particularidades e consectários servirão de ferramental ao exame pormenorizado dos dispositivos da norma executiva fiscal.

¹⁴⁸ Utilizando o raciocínio utilizado por Francesco Carnelutti: “lo Stato è, tipicamente, *un creditore che non può aspettare*” (CARNELUTTI, Francesco. **Introduzione allo Studio del Diritto Processuale Tributario**. Rivista di Diritto Processuale Civile 2, Padova: Cedam, 1932, p. 112)

¹⁴⁹ MARINS, 2012, p. 749.

¹⁵⁰ Retomamos com esse parágrafo, agora em termos concretos da Lei de Execução Fiscal, as reflexões expostas anteriormente acerca do princípio da igualdade, segundo a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello.

3 TÉCNICA PROCESSUAL CONTEMPORÂNEA PELA RÉGUA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1 INTRODUÇÃO

Retomando os resultados obtidos até então, a elasticidade com que são propostas as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo é o principal argumento manejado pelos juristas brasileiros, quando pretendem imprimir reflexões críticas à Lei de Execução Fiscal. Assinalam que o modelo construído pelo legislador não poupou esforços em revestir o Poder Público de vantagens processuais sob o manto do interesse público, ignorando completamente as tendências que já naquela época impregnavam o processo civil. Sem sermos repetitivos, na medida em que já tivemos a oportunidade de avaliar essa questão, percebemos, no entanto que, demonstrar essa inconsistência por meio de uma abordagem meramente dinamizada no contexto em que se sucedeu a elaboração da norma processual é apenas uma das facetas da problemática.

Um exame científico exige mais do que isso, tendo em conta que pontos de vista densificados sobre os meandros da técnica processual serão o fator preponderante de nossas conclusões. Por isso, muito além do que simplesmente dizer que todo o regramento na seiva seja irregular, a pretensão investigativa prescinde da escolha de um parâmetro para que possamos, de fato, identificar precisamente o *locus* da anunciada exorbitância e, em que proporção, apresenta-se porventura contaminado o microssistema processual.

Importante para tal objetivo é destacar que uma análise determinada a partir da compatibilidade com as democracias modernas, revela-nos que a consciência de que o Estado deveria ser limitado pelo direito desenvolveu-se em vários quadrantes jurídicos, embora com ‘nuances’ bastantes específicas¹⁵¹. Deveras, a complexidade dos fenômenos jurídicos de massa do Estado moderno fez com que o dogma da legalidade fosse elevado a um estágio superior e hipercriativo, traduzido como um “ideal supremo de justiça nas

¹⁵¹ OLIVEIRA, Cibele. **Devido processo legal**. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 32, p. 176, 2000.

nervosas relações entre a autoridade constituída e as autonomias individuais e coletivas”¹⁵².

Dotado dessa característica, o nominado princípio da legalidade, muito mais do que a proposta original que havia se justificado como medida de cerceamento dos poderes da realeza (*rule of law*), passou a ser reverenciado como mecanismo plenamente adaptado aos diversos meios de manifestação do poder do Estado¹⁵³.

Todavia, os resultados dessa nova perspectiva deram conta de que não bastava que a lei fosse produzida por um órgão devidamente habilitado a instituir a ordem jurídica infraconstitucional. De fato, as chamadas leis ordinárias deveriam representar, antes de tudo, legítimos mecanismos de concretização da vontade fundamental¹⁵⁴, cujas aspirações mais basilares deveriam estar comprometidas com a necessidade de resguardar de forma ampla e genérica o trinômio vida-liberdade-propriedade, considerados como os bens mais caros ao ser humano¹⁵⁵.

No que se refere aos reflexos sobre o processo, conquanto não houvesse nenhuma fórmula pronta e acabada apta a determinar as garantias mínimas asseguradas aos litigantes em juízo em face das arbitrariedades do Poder Público, os sistemas constitucionais, a partir da segunda metade do século XX, estruturados segundo as diretrizes do Estado democrático de direito, passaram a conceber um modelo para a solução de conflito de interesses coordenado a partir da concepção de um conjunto de princípios e regras constitucionais que garantiria a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela jurisdicional¹⁵⁶.

¹⁵² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 133.

¹⁵³ Néri indica, segundo a doutrina norte-americana, a cláusula do devido processo legal está presente no direito administrativo através do controle dos atos administrativos realizados pela própria Administração (autotutela) ou pela via judicial (NÉRI Jr., Nelson. 7ª ed. rev. atual. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2002, p. 39).

¹⁵⁴ THEODORO Jr., Humberto. **Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil>> Acesso em: 15/12/2014.

¹⁵⁵ NÉRI Jr., 2002, p. 35.

¹⁵⁶ THEODORO Jr., Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010, p. 64-71.

Entretanto, o que desde logo se percebeu é que, muito embora, o legislador dispusesse de poderes, a princípio discricionários, para disciplinar da maneira mais “conveniente e oportuna” as regras processuais ordinárias, tal prerrogativa não se configuraria em permissão para suplantar as garantias processuais atribuídas pela Constituição, pelo que se assemelhem a verdadeiros “direitos invioláveis do homem”¹⁵⁷. Desde o momento em que o Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, não seria aceitável que seu exercício pudesse resultar em qualquer espécie de gravame aos jurisdicionados¹⁵⁸.

Com efeito, são essas condições insuprimíveis que permitem uma avaliação quanto à constitucionalidade dos procedimentos regulados pela lei que, embora sejam passíveis de receber uma interpretação extremamente vasta e elástica, vêm sendo objeto de contínua sistematização por parte dos estudiosos do assunto. Tal trabalho visa agregar através do filtro constitucional os ingredientes mínimos para que o controle jurisdicional seja realizado de forma mais adequada¹⁵⁹ e que, de certa forma, acabe por contribuir para que, diante de um profuso caráter manipulativo, carregado de infinitas possibilidades, tornem-se concretas as normas jurídicas decorrentes de um sistema hierárquico de valores¹⁶⁰.

Todo esse complexo protetivo articulado para a preservação da integridade da tutela jurisdicional, de acordo com os direitos constitucionalmente previstos, enquadra-se no conceito de “devido processo legal” (*due process of law*), originalmente concebido pelo sistema da *common law* e que, mercê da recepção pelos diversos ordenamentos jurídicos¹⁶¹, é atualmente percebido pela doutrina de forma híbrida¹⁶², ora como um direito fundamental, ora como uma cláusula geral¹⁶³ e, destacadamente, como um

¹⁵⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 54 e p. 26.

¹⁵⁸ CASTRO, 2010, p. 290.

¹⁵⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. “**Garanzie costituzionali e giusto processo (Modelli a confronto)**”, in *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, p. 90 e pp. 101-102.

¹⁶⁰ CASTRO, 2010, p. 139.

¹⁶¹ No Brasil, a assimilação do instituto jurídico adveio da própria tradução literal da gênese cultural inglesa. No entanto, conforme identifica, Didier Jr, várias são as adaptações ao termo operadas pelos países que absorveram o raciocínio para o processo. Os portugueses, por exemplo, o denominam de “processo equitativo”, enquanto os italianos tendem a aproximar todo esse grupo de garantias processuais constitucionais de “processo justo”, diferentemente da ideia de “fair trial”, também usual nos demais países europeus. (DIDIER Jr., Fredie, **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento**, 12ª ed. rev. ampl. atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2010, p. 45)

¹⁶² DEL CLARO, Roberto. **Devido processo Legal – Direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil**. pp. 5-11.

¹⁶³ Conforme esclarecimento de Judith Martins-Costa, uma cláusula geral seria um tipo de normatização jurídica onde o antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado, configurando-se com isso uma nítida indeterminação legislativa em ambos os

princípio cuja relevância revela um “verdadeiro termômetro de validade dos atos estatais”¹⁶⁴.

Analisando sua positivação em nosso ordenamento jurídico, Luiz Rodrigues Wambier destaca que, embora as Constituições anteriores a 1946 não o tenham explicitamente perfilhado, já esboçavam claramente em seus artigos determinadas garantias de natureza processual que, no conjunto, demonstravam a adoção do princípio¹⁶⁵. Mais adiante, dentro de uma renovada perspectiva democrática, o constituinte pós-Estado Novo, andou bem ao conjugar diversas medidas assecuratórias dos direitos fundamentais que, se não trouxeram expressamente o devido processo legal em seu teor, tiveram o mérito de consignar pela primeira vez a regra escrita da ubiquidade ou inafastabilidade da jurisdição¹⁶⁶.

3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL: DA DITADURA MILITAR À REDEMOCRATIZAÇÃO

Interessa-nos particularmente a percepção do devido processo legal durante o período ditatorial e o seu desenvolvimento sobre o ordenamento jurídico com a redemocratização, ocorrida no Brasil em virtude da promulgação da CF/88. Semelhante à abordagem realizada no capítulo II, o fato de examinarmos a técnica processual nos moldes atuais não afasta a importância da identificação do princípio pelos fundamentos em que se baseou o legislador para elaboração da técnica processual.

Sobre esse patamar, se pensarmos que o controle judicial mais abrangente teria anteriormente se incorporado ao cenário constitucional brasileiro, na ambiência em que se sucedeu à promulgação da Lei nº 6.830/80, não é consensual a presença efetiva de garantias que denotassem o respeito ao princípio do devido processo legal. Tomamos, por exemplo, o ponto de vista de Sampaio Doria que, no período de vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, entendia que o texto emanado do autoritarismo nem

extremos da estrutura lógica normativa. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306)

¹⁶⁴ CASTRO, 2010, p. 6.

¹⁶⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o devido processo legal**. Revista de Processo, São Paulo, v.63, 1991, pp. 54-63.

¹⁶⁶ ZANETI, 2007, p. 40.

implicitamente tangenciou a questão do devido processo nas relações processuais, externando já naquele momento a necessidade de que a ideia dos “precedentes judiciais americanos, calcados na *due process of law*” fossem considerados pela jurisprudência brasileira de modo que houvesse “alguma luz nos labores exegéticos da Constituição Brasileira”¹⁶⁷.

Com outra visão, Ada Peregrini Grinover endossava o entendimento de José Frederico Marques considerando que, pela leitura do §4º, do art. 153, da referida emenda estariam presentes os elementos fundantes do princípio do devido processo legal¹⁶⁸. Opinião que, mais adiante foi reconsiderada pela própria doutrinadora ao reconhecer sua pouca aplicação prática durante o período ditatorial:

De qualquer forma, o alcance da garantia do § 4º do art. 153 da Constituição vigente, em sua aplicação concreta, é bastante reduzido: pouco resta, se tirarmos as decisões atinentes ao exercício do direito de ação e as suas limitações pelo legislador ordinário.¹⁶⁹

Outrossim, procurando refletir sobre a questão ao traçar um apanhado geral de todas as constituições brasileiras até a atual Carta Magna, José Afonso da Silva sintetiza:

Não deixemos de mencionar, de passagem, que o princípio do *due process of law* não esteve propriamente ausente do nosso direito constitucional. Ele emergia de algumas normas de garantia do processo e do direito de segurança, inscritas entre os direitos e garantias individuais. Seu reconhecimento dependia de pesquisa no texto constitucional e de construção doutrinária. Agora ele está expresso. Basta à doutrina compreendê-lo na evolução centenária que tanto o enriqueceu. E, sendo limpidamente expresso, pode-se até reproduzir suas potencialidades em novos avanços, mormente porque inscrito numa Constituição com tantas novidades que hão de nele repercutir.¹⁷⁰

Por isso que, ao traçarmos um contraste entre o período de edição da norma e os moldes atuais, verificamos que as evidências em nosso ordenamento jurídico são bastante profusas em conquistas sociais para sustentar que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um grande divisor de águas para a consolidação da democracia no Brasil. Não por menos que o desenvolvimento da ciência processual, transcendendo ao fato de ter ampliado consideravelmente as garantias atribuídas aos litigantes em geral, tenha

¹⁶⁷ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e o "due process of law"**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 5.

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Peregrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**, São Paulo: RT, 1973 pp. 175-179.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 176.

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso. Prefácio. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XX.

assegurado como grande inovação a expressa previsão no inc. LIV, art. 5º, de que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, deixando inequívocas as fortes influências do direito norte-americano pela adoção da garantia constitucional assecuratória de todos os meios que visem proteger os valores fundamentais que sustentam a dignidade da pessoa humana¹⁷¹.

Conforme já mencionamos, foi justamente essa intenção que motivou a Suprema Corte americana a imprimir ao devido processo legal um caráter substantivo, mediante o qual seria possível aferir a constitucionalidade das normas pelo exame dos critérios empregados pelo legislador para interferir na vida, liberdade e propriedade do cidadão, o que demonstrava que, com base nas concepções do direito natural, a tese mais ampliativa da revisão judicial permitiria uma apreciação minudente em concreto das eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público¹⁷².

A divisão que passou então a ser disseminada, pregando a dicotomia do devido processo entre os aspectos procedimental e substancial, conquanto seja acolhida por parte da doutrina, não nos parece a mais adequada a fortificar a integridade do princípio, na medida em que possa transmitir a falsa noção de que, em determinados casos, o princípio pudesse estar parcialmente presente¹⁷³. Tal como se posiciona Humberto Ávila, ganharemos muito mais se o concebermos de maneira única, relacionado às garantias do procedimento, onde a vertente substancial estaria fundamentada na razoabilidade e na proporcionalidade dos atos normativos¹⁷⁴.

O tratamento ao qual acreditamos mais condizente com o devido processo legal é de um princípio estruturante, destituído de eficácia provisória, *prima facie*, não podendo ser afastado por razões contrárias, uma vez que toda atuação estatal deve conformar-se a seu

¹⁷¹ Para a gênese norte-americana do princípio recorre-se às Emenda 5ª e 14ª da Constituição norte-americana. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.2. 3.ed. SÃO PAULO: Saraiva, 2004, p. 260 *et seq.*)

¹⁷² DEL CLARO, 2005, p. 260.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 126.

¹⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”**. Revista de processo, São Paulo, v. 163, set. 2008, p. 50.

conteúdo. Atribuindo a mesma relevância dos princípios federativo, da separação dos poderes e da igualdade, Ávila conclui:

[...] esses princípios são de algum modo *instrumentais*, da atuação estatal, não sendo adequado referir-se a eles com a expressão “dimensão de peso”. Como eles prevêem uma estrutura que organiza e ordena determinados elementos ou conforma determinados modos de atuação e de manifestação, a sua observância não é propriamente gradual, nem podem as suas exigências ser simplesmente afastadas por razões contrárias¹⁷⁵.

Além disso, compreender o processo, na significação que se extrai da norma constitucional, substancializa não só os atos praticados na esfera judicial. Aplica-se igualmente como limitador das ações estatais coordenadas pelo poder legislativo e pela Administração Pública, sendo que, existem vozes autorizadas que ainda defendem sua observação nas relações entre particulares¹⁷⁶.

3.3 ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DA DOUTRINA ALIENÍGENA

Contemporaneamente, amparar as garantias processuais pelo modelo constitucional reclama uma interpretação mais abrangente que ultrapasse a singela busca por uma definição da expressão “devido processo legal”. Deveras, a atenção dos processualistas adquiriu um sentido mais complexo e avançado, traduzindo-se pela necessidade em determinar as dimensões de um direito a um “processo justo”¹⁷⁷, que, conforme ensina Nicolo Trocker, e referência ao art. 111 da Constituição italiana, traduz a compreensão de parâmetros devidamente pautados pelos valores acolhidos pela coletividade inseridos no texto fundamental, conduzindo ao desenvolvimento do processo perante um juiz imparcial, em contraditório e em tempo razoável¹⁷⁸.

Indo mais além, Andolina e Vignera retiram do fenômeno jurídico certas características para melhor definir o contorno do processo justo. Segundo lecionam, a vinculação

¹⁷⁵ ÁVILA, 2011, p. 126.

¹⁷⁶ DIDIER JR., 2010, p. 30.

¹⁷⁷ Por essa pesquisa, a doutrina, ao invés de referir-se ao “devido processo”, prefere falar em ‘processo justo’, manejando expressões culturalmente equivalentes: “giusto processo”, “fair trial”, “procès équitable”, “fairer Verfahren”. (MITIDIERO, Daniel. **Direito Fundamental ao Processo Justo**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 45, 2011, p. 22-34).

¹⁷⁸ TROCKER, Nicolò. **Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo”**. in materia civile: profili generali. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano LV, 2001, p. 383-384.

resultaria da expansividade, da variabilidade e da perfectibilidade do modelo constitucional do processo contemporâneo. Pela estruturação proposta, o efeito expansivo das normas constitucionais assumiria o papel de condicionar os procedimentos jurisdicionais produzidos pelo legislador infraconstitucional que, como tal deveriam variar de acordo com as modalidades pertinentes aos escopos determinados pelo direito material, ao mesmo tempo que, visando um constante aperfeiçoamento, novas garantias poderiam ser instituídas por meio das normas ordinárias¹⁷⁹.

Comógllo, por sua vez, idealiza que aspectos éticos também fazem parte da caracterização do processo justo. Por suas lições, acredita-se que os valores fundamentais da sociedade e da democracia, consentâneos com o jusnaturalismo do Estado de direito, acrescidos aos direitos invioláveis do homem são essenciais para a materialização da fórmula processual¹⁸⁰. Longe da ótica intimista ou subjetiva, as regras éticas relacionadas ao comportamento prático de todos os protagonistas do processo, tais como os preceitos de boa fé, lealdade e probidade, deverão ser amoldados por padrões objetivos que deverão ser de alguma forma jurisdicizados, sob pena de a ética sobrepujar o direito positivo¹⁸¹.

Todas as reflexões anteriores convergem para a ideia de que o processo justo tem como alvo o alcance de uma decisão justa. Trata-se de um modelo em expansão que, a despeito da precedência de adaptar-se as exigências do direito material e do caso concreto, não prescinde do aprimoramento da técnica processual em uma constante aproximação das aspirações do devido processo legal.

3.4 OS MEIOS DE ADAPTAÇÃO DA TÉCNICA DA EXECUÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Concretizar o modelo constitucional para o processo decorre da conjugação dos desdobramentos que lhe emprestam suporte. Referimo-nos às garantias ao contraditório, à ampla defesa, à fundamentação das decisões judiciais, à duração razoável do processo que, entre outros previstos na Constituição Federal, alçados a condição de verdadeiros

¹⁷⁹ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990, pp. 14-15.

¹⁸⁰ COMÓGLIO, 2004, p. 7.

¹⁸¹ THEODORO Jr., Humberto. **Direito processual constitucional**. Revista Estação Jurídica, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 28-43, out./nov. 2009.

princípios fundamentais do processo civil, que irão assegurar a integralidade do acesso à justiça.

Contanto não sejam absolutos, tal como não o são os demais direitos fundamentais, emerge como grande desafio dos legisladores e dos aplicadores do direito compatibilizá-los de forma equilibrada no processo¹⁸². Humberto Theodoro Júnior articula reflexões que exprimem diretamente o esforço decorrente dessa tarefa:

A técnica do constitucionalismo contemporâneo é a de que não há princípios absolutos em seus domínios. Todos os princípios constitucionais são mais ou menos fluídos e suscetíveis de recíproca intercorrência. Entretanto, nenhum deles anula os demais, de maneira que cumpre ao intérprete buscar, segundo os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, uma forma de harmonizá-los, fazendo com que convivam, nas situações concretas de aparentes conflito, em lugar de proclamar, simplesmente, a supremacia absoluta de um deles¹⁸³.

Por outro lado, de acordo com as exigências do Estado democrático de direito e pelos fins científicos adquiridos pelo direito processual, configura-se inadmissível que a técnica legislativa determinada a substancializar mecanismos de aprimoramento da tutela jurisdicional tenha contornos desvinculados do princípio do devido processo legal. Sob esse ponto de vista, empreender uma análise desta natureza, voltada a tecer considerações críticas sobre o procedimento que regula a execução fiscal no Brasil, representa uma compreensão não apenas de seus corolários, mas, principalmente, como o princípio estruturante do processo se torna aplicável no módulo executivo. Além disso, conforme iremos identificar, a problemática de maior interesse reside na conciliação de um procedimento despreocupado em declarar o direito com as expectativas de aliar a técnica processual ao contraditório e à ampla defesa do executado.

3.4.1 Execução e devido processo legal

Tratar da relação entre a execução e o devido processo legal significa antes de tudo aceitar que as características que diferenciam a revelação da norma jurídica concreta da função jurisdicional determinada a atribuir um resultado prático ao direito não permitem

¹⁸² “Processo justo, enfim, não é aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio, mas o que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais.” (*Ibidem*).

¹⁸³ *Ibidem*.

compreender que o contraditório e a ampla defesa tenham a mesma intensidade nos dois procedimentos¹⁸⁴.

Em posição bem mais incisiva, é bem aparente a presença de uma forte tendência doutrinária, especialmente antes da CF/88, que procura ressaltar as projeções do devido processo legal exclusivamente como ferramental ligado à cognição, máxime quanto à imprescindibilidade do contraditório como fator legitimante de uma decisão justa. Entretanto, sem refutarmos essa necessidade, acreditamos que pensar somente por este aspecto é se afastar das diretrizes fundantes do Estado democrático de direito, onde se desconhece que a efetividade do instrumento processual, independentemente do bem tutelado, esteja divorciada das garantias que lhe são adjacentes¹⁸⁵. Mais que isso, um afastamento radical entre o princípio e o processo executivo é por em dúvida a própria função jurisdicional, relegando à correspondente técnica a condição de mero procedimento¹⁸⁶.

A difícil percepção de que o contraditório se apresenta de forma qualitativa e quantitativamente diferentes é uma das decorrências da confusão entre o conceito de litígio e processo¹⁸⁷. Se na ação cognitiva é a tessitura do devido processo legal sobre o encadeamento de atos praticados que qualifica a decisão judicial pelo perfil democrático, na execução, o que minimamente se espera é que, durante todo o itinerário satisfativo do bem tutelado, ainda que nitidamente coordenada para satisfazer o direito tutelado, as garantias do contraditório funcionem como elementos de equilíbrio entre o interesse do credor e a necessidade de resguardar a menor onerosidade do devedor. Por isso é que despir a atividade executiva de qualquer participação dos envolvidos é o mesmo que abandonar a noção de processo, uma vez que o deslinde da ação seria por si só inconstitucional¹⁸⁸.

Não podemos negar que o exercício do contraditório na atividade executiva tem suas limitações. Todavia, nem por isso podemos qualificá-lo como de somenos importância.

¹⁸⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 5.

¹⁸⁵ DINAMARCO, **Execução civil**. 8ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 178-179.

¹⁸⁶ TARZIA, Giuseppe. **O contraditório no processo executivo**. Revista de processo, São Paulo, v. 28, out. 1982, p. 55.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 11.

Muito pelo contrário, concretizar a aspiração constitucional de não privar os bens do cidadão sem o devido processo legal, na medida em que vigore uma desigualdade de posições jurídicas inerentes aos procedimentos voltados à expropriação, exige, além de uma sensibilidade mais apurada do magistrado¹⁸⁹, uma técnica processual adequadamente aparelhada por disposições que efetivamente proporcionem um conjunto mínimo de garantias às partes em consonância com o modelo constitucional vigente.

Somente por meio da conjugação dessas duas preocupações é que será possível calibrar as medidas expropriatórias na exata posição em que foram determinadas pelos atos instrutórios praticados em observância ao contraditório. O fato de não haver mérito a ser resolvido na execução, não significa que não devam ser proferidas decisões interlocutórias tendentes a resolver questões relativas à penhora, à avaliação, à adjudicação, entre outros atos porventura praticados. Motivo pelo qual inevitavelmente haverá um ou outro elemento de probatório com o qual o juiz deve se valer para formar sua convicção¹⁹⁰.

Dinamarco acentua uma compreensão acerca da litigiosidade dos direitos absolutamente indisponíveis que, *mutatis mutandis*, guardam certa relação como o direito material coordenado através da execução fiscal:

É verdade que, à medida que se caminha na direção da absoluta indisponibilidade de direitos no plano jurídico-material, tanto mais efetivo há de ser o contraditório, não se tolerando que as omissões da parte possam conduzir o processo por caminhos que lhe acarretem a perda do direito¹⁹¹.

A nosso ver, na medida em que o direito do Estado de exigir tributos não esteja sujeito à disponibilidade da Fazenda Pública, tão mais necessário se faz que a técnica processual seja arquitetada pelos eixos de um contraditório dotado da maior efetividade, compatível com a tutela executiva. A participação, embora variável, não pode ficar aquém da linha representativa do mínimo tolerável¹⁹², entretanto, não podemos nos esquecer que a técnica executiva não se resume apenas ao controle dos atos executivos. Assume o mesmo peso de importância a possibilidade de oposição embargos à execução, e nele

¹⁸⁹ RODRIGUES, 2009, p. 8.

¹⁹⁰ DINAMARCO, 2002, p. 177.

¹⁹¹ *Ibidem*, 179.

¹⁹² *Ibidem*.

devemos então precisar a intensidade de uma forma diferente a prática dos atos de acordo com o devido processo legal.

3.4.2 Embargos à execução e devido processo legal

Embora todas as nossas sustentações até agora tenham sido direcionadas a demonstrar a coerência do contraditório no interior da própria execução, mesmo diante de um procedimento cujo escopo é substancialmente direcionado a prática de atos jurisdicionais dinamizados à entrega da prestação creditícia, ao discorrermos sobre a técnica empregada, não podemos nos privar de uma abordagem mais ampla, na qual deve ainda ser resguardado o direito de defesa do executado, uma vez que casualmente seja ofertado como meio de defesa os embargos à execução.

Além disso, é relevante que se contabilize que a execução fiscal se alinha junto àqueles procedimentos cujo título executivo foi formado sem o prévio contraditório submetido às vias judiciais, e como tal, diante daquilo que nunca ocorreu perante o juízo, seja integralmente franqueado ao executado a oportunidade de amplamente discutir, em uma ação de conhecimento autônoma, a legitimidade do direito material em que fundamenta o rito expropriatório.

É por isso que, conquanto saibamos que a técnica processual da execução fiscal regule especificamente os procedimentos para oposição de embargos, e nesse aspecto apenas afaste a possibilidade de reconvenção e a alegação naquela instância de cobrança da existência créditos em favor do executado que, porventura, poderiam ser compensados em juízo, não devem persistir quaisquer óbices para que o sustentáculo material do título executivo seja plenamente contestado por meio da ação de conhecimento. O contraditório a que nos referimos há muito deixou de se conduzir como uma mera expectativa de participação no processo. Como uma consequência da ampliação do acesso à justiça, a qual devemos previamente avaliar, as linhas dialéticas atuais determinam-se através de nuances que merecem ser destacadas, na medida em que serão úteis mais adiante para a avaliação pormenorizada da técnica processual.

3.4.3 O desenvolvimento do acesso à justiça

Passados pouco mais de cinquenta anos desde que os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth empreenderam pesquisas pioneiras conduzidas à compreensão e à extensão do acesso à justiça, que notavelmente alteraram nosso modo de encarar a prestação jurisdicional, ainda é um desafio para a processualística moderna desenvolver mecanismos que propiciem uma transcendência do mero direito de ação para uma condição que realmente substancialize o direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva. Já não é suficiente que para o cidadão a afirmação de uma lesão ou uma ameaça ao seu direito, tal como prescreve a CF/88, corresponda apenas e tão somente ao recebimento de uma resposta do Estado, inteiramente despida das qualidades que enumeramos¹⁹³.

O direito de acesso à justiça que, em sua origem, surgiu como um dos produtos da integração entre as liberdades clássicas e os direitos sociais, foi, desde então, submetido a um constante processo evolutivo no qual se tornou incoerente visualizá-lo por uma perspectiva abstrata e formal. De uma forma mais ampla, a problematização passou a considerar que se fatores econômicos e sociais se configurarem obstáculos à pacificação dos conflitos de interesses apresentados ao Estado, seria mesmo que denegar a tutela jurisdicional à sociedade¹⁹⁴.

Obviamente, não podemos nos esquecer que do mesmo modo em que o Estado garante o direito de ação, também não pode ignorar a necessidade de fornecer garantias de defesa a quem será eventualmente atingido pelos efeitos jurídicos decorrentes do provimento da demanda que, de todo modo, repercutirá no patrimônio ou na liberdade do réu. Facilmente perceptível que o direito à oposição funciona como um contraponto ao direito de ação e que, com isso, uma decisão só será legítima se ambas as partes puderem participar do processo¹⁹⁵.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição**. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias Constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 218.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, v. I, pp. 308.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 305.

Destarte, assim como persiste a preocupação com o encontro do meio executivo idôneo à tutela do direito, o direito de casualmente propor argumentos que desconstituam a presunção relativa de veracidade do título executivo não pode permanecer desprovido de uma adequação pré-ordenada de atos processuais que consolidem o direito de defesa do executado. Devemos, no entanto, estar atentos para o fato de que no Estado Democrático de direito, a técnica processual, por mais que esteja formalmente adaptada ao direito substancial, não pode prescindir da convivência harmoniosa com os valores eleitos pela Constituição.

Observando por outro ângulo, sempre que constatamos que as expectativas do acesso à justiça estão sendo de alguma maneira limitadas pela técnica processual, é o momento de se investigar se há algum outro princípio sendo privilegiado e se, mediante a devida ponderação, a prevalência eleita pelo legislador em detrimento do exame jurisdicional se encontra legitimamente justificada¹⁹⁶.

3.4.4 As dimensões do contraditório na contemporaneidade

Na mesma proporção em que se desenvolveu o acesso à justiça, os meios de participação na demanda experimentaram um substancial redimensionamento mediante o qual a prévia troca de informações em benefício do aprimoramento da decisão judicial adquiriu sua feição contemporânea pela superação da mera necessidade de respeito da audiência bilateral, em voga desde o direito natural medievo por meio do brocardo “*auditur et altera pars*”¹⁹⁷.

Não é uma ideia que deva ser abandonada e, muito pelo contrário, de acordo com as argumentações defendidas mais adiante pelo texto, é extremamente relevante considerar que o contraditório desde muito tempo é fundamentado pelo pressuposto de que, no decurso do itinerário processual, deverá haver a disponibilidade de informação conjugada à possibilidade de reação aos sujeitos processuais. O que se espera é que, em primeiro momento, possam ser avaliadas as possibilidades de conduta, em função do que as

¹⁹⁶ Ávila, 2011, pp. 155-157.

¹⁹⁷ PICARDI, Nicola. *Auditur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: Jurisdição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 130-131.

notificações lhes prescrevem, perfazendo-se em uma questão de refletir sobre os possíveis efeitos prejudiciais decorrentes das decisões que porventura alterarão suas situações jurídicas subjetivas. Somente de posse desse conhecimento é que os envolvidos no litígio poderão exercitar o direito de reação, mediante as diversas formas de manifestação processual¹⁹⁸. A realidade de que esse mecanismo seja essencial para que possamos avaliar a presença do contraditório útil no processo, em toda a sua completude, pode ser resumida pelo trinômio *conhecimento-participação-influência*¹⁹⁹, sendo um dos fatores condicionantes da técnica processual na pretensão de construir descontinuidades que, independentemente nas soluções apresentadas, não prescindem uma justificativa constitucional.

É de se perceber que essa noção original, ainda que acertada, conduz a uma visão extremamente individualista do processo, porquanto admita que o exercício da participação só exista como um instrumento para afastar um dano potencial que a parte sofreria com a decisão²⁰⁰. Por esse raciocínio, seria a possibilidade de prejuízo que induziria a participação, o que, contudo, desconsidera que o princípio tenha outras funções que complementam essa noção tradicional.

Vige atualmente que o poder judiciário se constitui como um dos territórios privilegiados para o exercício da democracia²⁰¹ e, como tal, o princípio deve ser encarado por uma perspectiva mais elástica²⁰², onde por meio do debate das questões controvertidas, as partes, equanimemente consideradas, terão o direito de influenciar nas decisões judiciais, bem como o dever de colaborar para a melhoria da função jurisdicional²⁰³.

Somente com um contraditório efetivo e equilibrado, amparado na real participação das partes²⁰⁴, admitindo que a fundamentação judicial tenha levado em conta todos os pontos

¹⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades do processo moderno**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

¹⁹⁹ GAJARDONI, 2008, pp. 89-90.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 111.

²⁰¹ ZANETI Jr., 2007, *passim*.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 309 e ss.

²⁰³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009, pp. 134-140.

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido R. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94.

arguidos no processo, é que se pode afirmar que a decisão prolatada pelo magistrado é carregada de legitimação a ponto de ser considerada como ‘justa’.

Em todos os seus aspectos, as revigorantes dimensões do contraditório tornaram-se um fator de prevenção de arbitrariedades, sendo incompatíveis com as chamadas decisões surpresa ou de terceira via, onde o magistrado, totalmente distante das questões objetadas nos autos, exerce solitariamente a atividade cognitiva, não levando ao conhecimento das partes o seu convencimento, conquanto tal fundamentação estanque venha a integrar os termos do julgado que está em vias de ser proferido²⁰⁵.

Ademais, se o papel da técnica processual é proporcionar elementos para que o contraditório esteja disponibilizado às partes em todas as suas acepções, não podemos deixar de destacar que ao magistrado é reservado o dever de esclarecimento quanto a eventuais dúvidas dos litigantes. Não só isso. É também exigência do contraditório que suas conclusões acerca do litígio devam ser imediatamente submetidas ao conhecimento dos envolvidos, seja naquilo que a doutrina aponta como dever de consulta, seja por meio do dever de prevenção, alertando as partes sempre que deficiências postulatórias forem detectadas²⁰⁶.

²⁰⁵ Para Montesano, o juízo de “terceira via” ou de “decisões surpresas” (tradução da doutrina brasileira) deve ser afastado pela garantia constitucional (Art. 111, Constituição Italiana) do contraditório. A decisão surpresa ou de “terceira via” ocorre sempre que a decisão não decorrer do contraditório entre as partes, mas da vontade subjetiva do juiz. O entendimento atual princípio do contraditório, garante que as partes, ao participar na construção da decisão, influenciem, através de seus argumentos, a própria sentença, que ao refletir a argumentação efetivamente debatida entre os legitimados, será legítima e racional. Montesano fala sobre a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a essa questão. Ele sustenta que essas decisões surpresas podem ser atacadas por recurso de cassação (recurso do processo italiano e seria, a grosso modo, equivalente a nosso Recurso Extraordinário). A ‘terceira via’, qual seja, o fundamento novo trazido pelo julgador para sustentar sua decisão, surge quando o juiz detecta nas alegações das partes lacunas instrutórias ou imperfeições formais. Na tentativa de suplementá-las, aproxima-se perigosamente dos litigantes, tornando-se um partícipe do contraditório. Apesar do perigo de dano que envolve tanto a ‘terceira via’ quanto o ‘saber privado do juiz’, não parece que esses elementos sejam por si mesmos prejudiciais. É plausível que, numa situação excepcional, o autor ou o réu (ou ambos) produzam alegações de fato ou de direito insuficientes para fundamentar o julgamento. Nesse caso cabe ao juiz suprir o déficit e julgar, por exemplo, conforme a correta norma de direito que rege o caso, sem descurar da necessidade de “dar a conhecer às partes e com elas discutir as possibilidades de solução do pleito, quer no plano da apreciação da prova, quer no do direito a aplicar (prevenindo assim as decisões-surpresa)”. Em resumo, diante da omissão das partes, nada impede que o julgador invoque elemento novo, desde que o mesmo seja submetido ao amplo debate prévio entre os litigantes. (MONTESANO, Luigi. “**La garanzia costituzionale del contraddittorio e giudizi civili di “terza via”**”, *In*: Rivista di diritto processuale n. 4/2000. Padova: CEDAM, P. 931.)

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 198, p. 213, ago. 2011, p. 213.

Enquanto tenhamos demonstrado os efeitos do devido processo legal sobre a técnica processual na ambiência do Estado democrático de direito, acreditamos que este seja o momento de compreender qual é a técnica processual da execução fiscal, tal como a abordagem feita a seguir.

4 A TÉCNICA LEGISLATIVA DA EXECUÇÃO FISCAL BRASILEIRA

4.1 INTRODUÇÃO

Neste ponto do estudo, uma vez que já tenhamos destacado as particularidades que envolvem o direito tutelado pela técnica processual e sua relação com ente político que simultaneamente tem o poder de tributar e o dever de concretização dos reclames sociais²⁰⁷, paralelamente aos elementos pelo qual deduzimos que objetivamente que o credor e devedor na execução fiscal são ontologicamente diferentes, devem ser apontados fundamentos para um tratamento diferenciado, não apenas nesta espécie de controvérsia judicial, mas em todas as ações em que o Estado figure em um dos pólos da demanda²⁰⁸.

A possibilidade do afastamento dessa incerteza tem a vantagem de fornecer o sentido necessário para que os procedimentos desta natureza sejam animados através de uma técnica processual específica, compondo uma tendência do processualismo moderno, notabilizada por atender as peculiaridades do direito versado no processo, sendo este um fator determinante para a construção de um procedimento coerentemente projetado na exata medida da qualificação das partes atuantes no litígio.

Ainda assim, não podemos identificar que haja uma unanimidade sobre essa percepção. As discussões que decorrem em relação à concessão de prerrogativas à Fazenda Pública são prolongadas sobre o aspecto da necessidade ou não da acomodação de um regime especial para tratamento da cobrança dos créditos públicos, de tal modo que a doutrina se divide entre aqueles que defendem tal providência e outros que a entendem como uma extravagância desnecessária²⁰⁹.

Em meio a essa controvérsia, acreditamos que sejam pertinentes os argumentos de Cássio Bueno Scarpinella ao considerar que as relações jurídicas regidas pelo direito público se inserem em um contexto mais amplo, regulado pela nova realidade intervencionista do

²⁰⁷ Cf. Capítulo I.

²⁰⁸ FORNACIARI Jr., Clito. **Apontamentos sobre a execução fiscal**. Revista de processo, São Paulo, v. 25, jan. 1982, p. 9.

²⁰⁹ MARINS, 2012, p. 747.

Estado democrático de direito. Acrescenta o jurista que a dinâmica que envolve a complexidade cotidiana da sociedade contemporânea cada vez mais exige que as regras de direito processual sejam adaptadas e revistas de acordo com as especificidades da relação conflituosa que se deseja debelar. A preocupação deve gravitar mais no conteúdo (direito) do que no continente (processo). As normas que regem as faculdades e deveres do Poder Público em juízo, nessa tendência, não podem ficar estáticas e condicionadas por técnicas processuais inadequadas, como, por exemplo, aquelas arquitetadas para atender as relações jurídicas de direito privado, na medida em que, na origem já se entremostrem inadequadas para tal desafio²¹⁰.

Sob esse enfoque Fernando Gajardoni consegue identificar que a flexibilização procedimental está ligada tanto a concessão de poderes ao juiz para que, dentro de certos limites, possa realizar a adequação da forma no caso concreto como, no plano legislativo, em face da necessidade da elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às circunstâncias temporais e locais. A despeito de não estar explícito no sistema processual brasileiro, fazendo referência à atividade normativa, considera que a adaptabilidade normativa atende ao princípio da adequação e que, como tal, é operado do ponto de vista subjetivo (partes) ou objetivo (direito material). Enquanto a qualidade das partes pode ser o motivo para a alteração do procedimento que, como vimos, potencializa a isonomia processual, as especificidades do direito material também podem justificar a alteração ritual que dentre diversas possibilidades, pode se relacionar a um critério protetivo da eficiência ou da celeridade²¹¹.

Mesmo diante dessas conclusões, o que coletamos por uma breve análise histórico-evolutiva da legislação pertinente ao longo do século passado demonstra que a justificativa para uma execução qualificada não parece tão consensual e nem facilmente compreendida no direito brasileiro. As acentuadas vicissitudes decorrentes das legislações que se dispuseram a regular a técnica processual aplicável à execução fiscal demonstram claramente uma oscilação entre uma estrutura diferenciada e uma forma

²¹⁰ SCARPINELLA BUENO, Cássio. **O Poder Público em Juízo: uma proposta de sistematização**. Revista do Curso de Mestrado Em Direito das Faculdades Integradas Toledo, Araçatuba, v. 2, p. 53-108, 2001.

²¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 134-135.

unificada de tratamento em conjunto com as demais espécies de execução de títulos extrajudiciais.

Apurando sinteticamente, conquanto não tenha inaugurado a regulamentação da matéria, o Decreto-Lei nº 960/38 desponta como a primeira tentativa de alinhamento do procedimento judicial em conformidade com as exigências dos haveres públicos. Essa autonomia se tornou ainda mais evidente no momento em que os demais títulos extrajudiciais passaram a ser submetidos aos procedimentos da denominada ação executiva, normatizada a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.608/39 (CPC/1939). Não obstante, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, por conta da unificação do rito procedimental da execução dos títulos extrajudiciais, a técnica processual para a realização dos créditos tributários permaneceu por quase uma década despida de um formato que contemplasse as particularidades da demanda pública²¹².

Mais adiante, foi a renovação da necessidade de um regime jurídico-processual executório que melhor se adequasse às pretensões fazendárias que resultou na edição da Lei nº 6.830/80, apoiada em procedimentos acentuadamente empenhados na concessão de um conjunto de prerrogativas sem precedentes na codificação processual, trazendo mais uma vez a preocupação do legislador sobre a questão da utilidade instrumental do processo para a configuração de uma sistemática que, com exclusividade, permitisse a otimização do recebimento dos créditos fazendários.

Enquanto as primeiras impressões em relação ao microssistema processual dão conta que a norma específica sobrepôs à norma geral de abastecimento pelas especificidades agregadas ao procedimento executivo fiscal (*lex specialis derogat lex generalis*), destacando no próprio texto legal a subsidiariedade do CPC (Art. 1º²¹³), não se pode afirmar que seus dispositivos tenham sido reduzidos a um papel de somenos importância na aplicação da técnica executiva. É que diante das diversas lacunas deixadas pela lei especial, tornou-se dificultoso ao aplicador do direito manejar as descontinuidades sobre diversos aspectos relevantes do procedimento.

²¹² PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 215.

²¹³ LEF. “Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

Chegamos então ao entendimento que essa maior influência que o CPC exerce sobre a técnica processual desenvolvida sobre a LEF aumenta o trabalho da doutrina e da jurisprudência no sentido de desenvolver soluções que atendam adequadamente a demanda dos casos concretos. O cuidado deve evoluir ainda mais, quando verificamos que nem sempre dispositivos do estatuto processual voltados ao favorecimento do Poder Público em juízo se amoldam completamente aos procedimentos da lei especial.

Situação típica é o desequilíbrio entre as partes processuais formado a partir da disposição do art. 188 do CPC/73²¹⁴ que, por um conjunto de fatores, poderíamos imaginar sua absorção irrestrita pela lei extravagante. Tomando essa direção evidenciamos: o fato de que, segundo o entendimento de parte da doutrina, esta desigualdade não poderia ser classificada como uma afronta ao princípio da igualdade processual²¹⁵; a circunstância de que a jurisprudência já tenha pacificado a questão da constitucionalidade do preceptivo legal²¹⁶; e, principalmente, a argumentação de que não exista na norma especial qualquer

²¹⁴ Não temos como precisar os impactos da nova codificação, aguardando a *vacatio legis*, ao dispor sobre os prazos para os entes políticos se manifestarem no processo, sobre a LEF: “Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal. § 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico. § 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público”.

²¹⁵ Marcelo Abelha Rodrigues pondera acerca dos prazos processuais diferenciados em favor da Fazenda Pública e conclui não figurar, nesse caso específico, uma “ofensa ao princípio da igualdade, pelo simples fato de que aí há a projeção do princípio da isonomia real e não simplesmente formal” (RODRIGUES, 2003, v. I, p. 108). Grinover que entende que as tão questionadas prerrogativas não se configuram como verdadeiros privilégios, sendo, muito pelo contrário, autênticas prerrogativas na medida da sua irrenunciabilidade pelo ente público (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Benefício de prazo**. Revista Brasileira de Direito Processual. Uberaba, v. 5, nº 19, jul./set. 1979, pp. 13-24.) No mesmo sentido informa: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 9ª ed. rev., atual. São Paulo: Dialética, 2011, p. 56.

²¹⁶ Informativo n. 143 - STF, À vista do princípio da razoabilidade, o Tribunal, por maioria, entendeu que a norma inscrita no art. 188 do Código de Processo Civil, na redação anterior à MP 1.798-2/99, é compatível com a CF/88 (CPC, art. 188: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”). Com esse fundamento, o Tribunal, por maioria, rejeitou preliminar de intempestividade do recurso extraordinário interposto pela União Federal, vencido o Min. Marco Aurélio, que a acolhia, declarando, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da referida norma por ofensa aos princípios da isonomia e do devido processo legal. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, em virtude da existência de dissídio entre as Turmas, por maioria, conheceu dos embargos de divergência e os recebeu, reiterando a decisão proferida no julgamento do RE 187.436-RS (DJU de 31.10.97), no qual prevaleceu o entendimento no sentido da constitucionalidade das majorações de alquotas da contribuição para o FINSOCIAL devida pelas empresas dedicadas exclusivamente à prestação de serviço (Arts. 7º da Lei 7.787/89, 1º da Lei 7.894/89 e 1º da Lei 8.147/90). Vencido o Min. Marco Aurélio, que deles não conhecia e, quanto ao mérito, os rejeitava. RE (EDv-EDcl) RE 194.925-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 24.3.99.

dispositivo que expressamente vede a contagem em dobro para a contestação e em quádruplo para os recursos por ela regulados²¹⁷.

Não é essa, contudo, a interpretação que tem prevalecido. Há entendimento no sentido de que o alargamento do prazo processual em prol da Fazenda seja autorizado quanto à oposição dos embargos infringentes de trata a LEF²¹⁸, porém, não seja extensível aos embargos do executado²¹⁹, apesar de ambos os instrumentos de defesa estarem previstos pela técnica processual, conforme veremos mais adiante.

É igualmente notável que a LEF não se restrinja a regulação de questões de ordem processual. No plano substantivo chama a atenção a hipótese suspensiva da prescrição determinada pelo § 3º, do art. 2º que, mais do que um dos dispositivos criticados pela doutrina²²⁰, possui atualmente entendimento assentado pelo STJ sobre sua aplicabilidade restrita a dívidas não tributárias, traduzindo uma forma encontrada pela Corte Especial de harmonizar o preceito normativo com as limitações introduzidas pelo art. 146 da CF/88, ao tratar especificamente das matérias tributárias reservadas à edição de lei complementar²²¹.

Desse modo, foi com base nessas e em outras deficiências do sistema normativo que Araken de Assis, de uma forma abrangente e esclarecedora demonstra suas impressões sobre o que se pode esperar da LEF:

Longe de se cingir a desenvolver um rito especial, ou aperfeiçoar o instrumento, este diploma, com uma técnica legislativa tão primária e confusa

²¹⁷ “Assim como o CPC 191, a norma comentada se aplica aos processos fundados em leis extravagantes, porque integra o sistema ordinário de recursos cíveis, salvo se a lei extravagante contiver expressa disposição em contrário” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 452).

²¹⁸ Nesse sentido: FLAKS, 1981, p. 310. THEODORO Jr. Humberto. **A Execução fiscal**: comentário e jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184.

²¹⁹ LANNA, Carlos Lindenberg Ruiz. **Lei de execuções fiscais anotada**. Curitiba: Juruá. 2013, p. 584.

²²⁰ ROSA Jr. Luis Emygdio da. **Manual de direito financeiro e tributário**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

²²¹ EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO POR 180 DIAS. ART. 2º, § 3º, DA LEI 6.830/80. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. NORMA APLICÁVEL SOMENTE ÀS DÍVIDAS NÃO TRIBUTÁRIAS. I - Esta Corte sedimentou o entendimento de que o art. 2º, § 3º, da Lei 6830/80, só é aplicável às dívidas de natureza não-tributária. Já às dívidas de natureza tributária, é aplicável o art. 174 do CTN, norma recepcionada pela Constituição Federal com status de Lei Complementar. Precedentes: AgRg no Ag 863.427/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 20.09.2007; REsp 611536/AL, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 14.05.2007. II - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1016445/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 01/09/2008).

que se desconfia das intenções ocultas dos autores do anteprojeto, baralha regras de direito material, tributário e administrativo, algumas supérfluas e outras inconsequentes, e normas de direito processual²²²

À margem das questões que fragilizam e comprometem a própria efetividade do rito extravagante, objetivamente, com este capítulo, buscamos a compreensão da técnica processual da Lei de Execução Fiscal, apontando sempre que proveitoso os aspectos que a diferenciam do procedimento de execução dos títulos extrajudiciais disciplinado pela codificação processual. Embora a intenção não seja exaurir todas as suas particularidades, pretendemos explorar características que, a nosso ver, melhor evidenciam o perfil jurisdicional atribuído pela atividade legiferante, de tal modo que sejam suficientes, mais adiante, a uma análise investigativa fundamentada pelo princípio do devido processo legal.

Naquilo que é possível antecipar, observamos que, através de uma leitura superficial da norma executiva e da respectiva exposição de motivos, reside uma explícita preocupação em compatibilizar um procedimento dotado de extrema simplificação sem, entretanto, abdicar da ampliação do rol das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo²²³. Por esta realidade, recorrer a uma minudente análise das regras processuais da Lei de Execução Fiscal significa constatar que um ou o outro fator, senão ambos, esteja presente em grande parte de seus dispositivos.

Pela metodologia adotada, além da visão de que o incremento dos recursos financeiros do Estado, através representação judicial das pessoas jurídicas de direito público interno, guarda precedência em eventual concurso entre credores e sobre os juízos de falência, concordata, liquidação, insolvência e inventário (Art. 5º, 29, 30 e 31²²⁴), a pesquisa

²²² ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 998.

²²³ FORNACIARI Jr., 1982.

²²⁴ LEF. “Art. 5º - A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento

Parágrafo Único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União e suas autarquias; II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata; III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata.

Art. 30 - Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

desenvolvida sobre o espectro escolhido reclama uma sistematização coordenada mediante a divisão da norma em cinco grandes temas, relacionados à compreensão do objeto da execução, do método de formação da relação processual executiva, da forma como é processada a comunicação dos atos praticados no processo, da técnica com a qual a constrição é conduzida ao executado, e ainda, quais os remédios processuais disponibilizados para a defesa das partes no litígio.

4.2 A TÉCNICA DE FORMAÇÃO DO TÍTULO FAZENDÁRIO

Um dos problemas que se coloca ante a necessidade de uma investigação científica de qualquer título executivo é compreender o evento pelo qual a norma jurídica atribui determinada particularidade a um ato ou fato a ponto de se poder extrair sua eficácia jurídica²²⁵. Por conta disso, acreditamos que seria um equívoco examinar a técnica processual da execução fiscal sem observarmos a perspectiva de formação do título que viabiliza o ajuizamento da respectiva ação. Pode-se constatar que, à luz das lições preliminares de Cernelutti sobre a matéria executiva, segundo o qual, qualquer título é certo quando não restam dúvidas sobre sua existência; líquido, no momento em que não há suspeitas sobre o seu objeto; e exigível, mercê da ausência de objeções sobre sua atualidade²²⁶, revelam-se conclusões específicas acerca dos requisitos de admissibilidade que acabam por isolar a criação da cártula fiscal e os efeitos que dela decorrem dos demais títulos extrajudiciais.

Assim sendo, mesmo com a apreensão de que a norma executiva concreta instrumentalizada pelo título seja qualificada por sua abstração como elemento autorizativo à invasão do patrimônio do executado, descurada da verificação da existência do direito subjetivo material²²⁷, é notável que coexistem no meio jurídico inúmeras discussões voltadas a questionar diversos aspectos da certeza e da liquidez do crédito

Art. 31 - Nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da Dívida Ativa ou a concordância da Fazenda Pública."

²²⁵ MEDINA, José Miguel. **Execução Civil**: teoria geral e princípios fundamentais. 2ª ed., Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 142.

²²⁶ CERNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del Processo Civile Italiano**. 5ª ed. Roma: Foro Italiano, 1956, v. I, p. 164.

²²⁷ SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 87.

tributário como suporte à realização dos atos executivos. Um exame mais aprofundado adiante evidencia que grande parte do que se recente a efetividade da técnica processual na sua desejada adequação ao direito substancial é atribuída a questões relativas à inobservância do devido processo legal tanto na formação como na alteração do título fiscal fazendário.

Buscar os predicados de um sistema processual determinado pelos resultados práticos do direito material, devidamente equalizado pela ideia de que toda atividade executiva é representada por um jogo entre “poder e sujeição” como uma “a garantia que se espera do sistema contra execuções injustas e inadequadas”²²⁸, significa, antes de tudo, considerar que, diante de “todo um conjunto de atividades estatais dirigidas para a transferência de recursos financeiros, principalmente tributos, dos particulares para o Poder Público”²²⁹, a execução fiscal enquadra-se como etapa derradeira de um extenso percurso de cobrança onde administrativamente esgotaram-se todos os meios de recebimento do valor devido ao Estado²³⁰.

Obviamente, não queremos, diante dessa preocupação, colocar em cheque o próprio significado da certeza como requisito substancial do título²³¹, na medida em que não haja espaço para condicionar o direito à execução a uma segurança quanto à existência do direito material que lhe é subjacente²³², entretanto, igualmente não podemos perder de vista que, ainda que por obra do legislador, ao vislumbrar a suposta credibilidade daquele que emite o título executivo²³³, mormente pelo grau de probabilidade de efetiva existência do suposto crédito, a execução fiscal não merece ser vista de forma estanque, divorciada da longa cadeia de exigibilidade tributária, uma vez que seja por intermédio dos trâmites da fase pré-processual, que se colhem os elementos e fundamentos de fato e de direito para a formação abstraída de acordo do título executivo que aparelha a Fazenda Pública

²²⁸ RODRIGUES, 2009, p. 112.

²²⁹ MENDES, Guilherme Adolfo. **A atuação dos órgãos estatais envolvidos na execução fiscal: a ação judicial como última etapa de um longo processo de cobrança.** In: CUNHA Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Silva (org.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: Ipea, 2013, p. 124.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Seguindo a linha de reflexão exposta por Dinamarco, assimilamos que a certeza do título executivo está relacionada àqueles elementos que a lei atribui indispensabilidade, no ponto em que concorrem para a perfeita individuação e dimensionamento do direito a executar. (Dinamarco, 2002, p. 509).

²³² *Ibidem*.

²³³ MEDINA, 2004, p. 150.

a ajuizar a execução judicial²³⁴. É essa unilateralidade na constituição do instrumento que destacamos como primeiro traço distintivo da técnica processual.

De fato, a execução movida pela Fazenda Pública não incorpora a mesma dinâmica construtiva que condiciona a formação dos títulos executivos inerentes às obrigações civis ou comerciais. Na esfera privada, a possibilidade de um título dessa natureza se tornar executável está atrelada a ideia de participação das partes envolvidas na obrigação conjugada com a necessidade do crivo judicial que o declare líquido, certo e, consequentemente, exigível²³⁵.

Podemos dizer que os efeitos são os mesmos²³⁶, contudo, é através de uma prerrogativa outorgada em lei que o Estado se diferencia dos demais credores na forma de obtenção do título executivo. Obviamente, a mesma regra que permite que a Fazenda detenha o poder-dever de elaborar seus próprios títulos a fim de torná-los exequíveis, também pressupõe um prévio accertamento objetivo e subjetivo da exigência, como medida de preservação da sua higidez, resumindo sinteticamente a noção de que, considerar a dívida tributária líquida e certa, nesse caso, passa a ser uma decorrência da apuração administrativa, através de uma atividade vinculada em lei, antes da execução, do efetivo devedor e do montante devido²³⁷.

Passo adiante, o que se espera é que, saneadas eventuais irregularidades no que se refere à certeza e à liquidez do crédito, estejam presentes as condições para que, diante do inadimplemento seja lavrado o termo de inscrição em dívida ativa, ato administrativo considerado pela LEF como resultado do controle de legalidade realizado pela Fazenda Pública (Art. 2º, § 3º²³⁸). Porventura ajuizada a ação de cobrança, a confecção do título

²³⁴ É o art. 145 da CF/88 que fornece o permissivo para que a Administração Fazendária, nos limites dos direitos individuais, desenvolva a identificação do patrimônio, da renda e das atividades econômicas dos cidadãos de forma necessária e suficiente para que, caso presente o fato gerador da obrigação tributária, seja determinada a matéria tributável, com a finalidade de apurar quem deve e o quanto se deve ao Estado (Art. 142, CTN).

²³⁵ MARINS, 2012, pp. 20-21.

²³⁶ THEODORO Jr., 2004, p. 18.

²³⁷ THEODORO Jr., Humberto. **A Execução fiscal. Procedimento administrativo. Penhora. Embargos do devedor**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n. 330, 1995, p. 98.

²³⁸ LEF. “art. 2º [...] § 5º *O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo*

executivo fiscal nominado pela referida lei como ‘Certidão de Dívida Ativa’, ou habitualmente conhecido como CDA, guardará a particularidade de compartilhar os mesmos elementos do documento que deu ensejo à inscrição (Art. 2º, § 6º²³⁹) e será o documento essencial para a comprovação do interesse de agir da Fazenda Pública²⁴⁰.

O legislador infraconstitucional, nesse detalhe, não descaracterizou o entendimento de que a Certidão de Dívida Ativa, assim como os demais títulos executivos extrajudiciais, é norma jurídica concreta vinculada ao preenchimento de certos requisitos contidos na norma jurídica abstrata devidamente produzida pelo legislador pela conjugação dos termos da endonorma e da perinorma (sanção)²⁴¹. Porém, com a intenção de simplificar o ingresso em juízo, delegou predicados ao título executivo fiscal que divergem dos padrões normalmente veiculados pelo CPC.

É que, como se evidencia, ao tomar como medida que toda execução é voltada à satisfação de um direito do credor, a LEF vai bem mais além ao prescrever condições que favoreçam a atividade do exequente. Não é por menos que, a pretexto de simplificar o procedimento, a técnica prevê que a CDA e a petição inicial possam integrar um único documento, cujas informações seriam suficientes para o ajuizamento da ação e o afastamento da aplicação do art. 282, do CPC/73 (Art. 319, CPC/2015)²⁴². Evitou também com isso a necessidade da juntada do demonstrativo de débitos a que alude o inc. II, do art. 614, do CPC/73 (Alínea ‘b’, inc. I, art. 798, CPC/2015), porquanto tal elemento esteja satisfatoriamente contemplado no conteúdo da CDA.

Denotamos, por outro lado, a atecnia legislativa ao associar a fase postulatória à produção de provas pela Fazenda Pública. Notadamente, conforme elucida Iran de Lima,

Na inicial de um processo em que não haverá atividade instrutória nem sentença, não se pode mesmo requerer produção de provas. A regra jurídica ficaria corretamente redigida desta forma: ‘A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento’. Essa redação adequar-se-ia à realidade,

fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.”

²³⁹ LEF. “art. 2º [...] § 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.”

²⁴⁰ CAIS, 2013, pp. 544-545.

²⁴¹ RODRIGUES, 2009, p.117, NT. 5.

²⁴² FERNANDES, Odmir *et al.* **Lei de Execução Fiscal comentada e anotada: Lei nº 6.830, de 22/09/1980: doutrina, prática e jurisprudência.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 155.

mas, já que o legislador foi atécnico, deve-se entender o comando legal como não se referindo à petição inicial, mas, sim, à defesa nos embargos²⁴³.

Por seu objetivo, a execução fiscal não comporta análise de questões probatórias, na medida em que admite que previamente já tenha ocorrido a apuração creditícia definitiva na esfera administrativa. Assim sendo, não foge à regra das demais execuções que a eventual produção probatória tão somente tenha espaço através da cognição casual em sede de embargos da execução.

Embora não inovemos na constatação de que o desenvolvimento regular de toda execução esteja amparado na estabilidade do título executivo, no caso da CDA é especialmente relevante a compreensão da relação jurídica de direito substancial que se conduziu à constrição, aliando esse conhecimento com a possibilidade de a cártula vir a ser alterada após o ajuizamento da ação, tendo em vista que tal peculiaridade é típica da LEF e não guarda correspondente com o procedimento executivo ordinário.

4.2.1 A extensão da unilateralidade constitutiva do título executivo

Conforme dissemos, a CDA detém uma combinação sem precedentes entre os títulos executivos não originários da atividade jurisdicional. Se por um lado, é próprio do sistema processual atual que todos os títulos desta natureza sejam dotados de força coativa por obra do legislador, cabendo ao executado o ônus da prova de contestar a sua veracidade de modo a desconstituir a presunção de legitimidade e certeza; por uma particularidade, a técnica processual discrepa ao autorizar ao Estado a elaboração do único título executivo sem a participação ou mesmo concordância do executado²⁴⁴.

Nesse sentido, para que a ação executiva cumpra seu papel voltado à invasão da esfera patrimonial do executado de modo a satisfazer a pretensão insatisfeita relativa ao direito

²⁴³ LIMA, Iran de. **A dívida ativa em Juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 162.

²⁴⁴ Observa Cláudio de Oliveira Santos Colnago que, embora seja a norma secundária que dê suporte a execução, é a qualidade da sua formação que afasta o título fazendário dos outros títulos executivos. Considerando que a gênese da execução possa resultar de um ato jurisdicional (sentença) ou de um ato de manifestação de vontade das partes (nota promissória, letra de câmbio, etc.), a execução fiscal é ajuizada com fundamento no único caso em que a norma secundária foi criada por ato unilateral de vontade. (COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Conceitos processuais gerais**. In: JENIÊR, Carlos Augusto (coord.). Execução fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 21).

representado pelo título, o modelo processual veiculado pelo legislador infraconstitucional, em referência às dívidas de origem tributária, confunde institutos jurídicos ao sustentar que a segurança jurídica, amparada na enorme probabilidade de existência do crédito, tenha fundamentos em um processo administrativo ou em um auto de infração, se deles decorrerem a exigência (Art. 2º, § 5º, inc. VI²⁴⁵).

Seguindo pela praticidade, o que argumentamos é que, no âmbito administrativo, inexistem justificativas para a distinção entre as duas figuras jurídicas mencionadas no texto legal. A incongruência é cristalina porque não apenas o auto de infração, entendido como o “documento no qual o agente da autoridade da Administração tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária”, mas todos os documentos autuados no serviço público recebem a denominação de ‘processo’²⁴⁶.

De fato, o adequado entendimento do dispositivo conduz à necessidade de o documento que viabiliza a execução fiscal conter a indicação numérica que possibilite ao devedor identificar a origem da dívida a que está sendo cobrado, representando a própria causa de pedir da relação processual²⁴⁷. Embora a CDA não seja um título de crédito, podemos aqui utilizar as lições de Tullio Ascarelli ao estabelecer uma distinção entre abstração material e abstração processual. Enquanto aquela ocorre quando inexiste a necessidade de menção do negócio jurídico que lhe é subjacente, na abstração processual, a presunção de veracidade do direito material associa-se a sua devida qualificação no corpo do documento cartular²⁴⁸. É com esse sentido que Iran de Lima identifica a CDA como um título executivo dotado unicamente de abstração processual, cuja referência à origem do crédito, juntamente com os demais elementos anotados no documento, facilitam a casual defesa do executado²⁴⁹.

É bem verdade que a técnica processual procure enfatizar o aspecto físico do processo como um conjunto de documentos devidamente autuados cuja confidencialidade impede

²⁴⁵ LEF. “§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: [...] VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.”

²⁴⁶ FLAKS, 1981, p. 104.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 105.

²⁴⁸ ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Mizuno, 2003, pp. 89-101.

²⁴⁹ LIMA, 1984, p. 54.

que sejam retirados da repartição pública competente para seu controle e arquivamento, uma vez que, além do sigilo fiscal, prevaleça o interesse da Administração em manter a integridade das provas da exigência tributária²⁵⁰. A flexibilização aparece circunstancialmente por conta de eventual contestação da legitimidade do título executivo, uma vez que a extração de cópias relacionadas à fundamentação da exigência, requisitada de ofício ou, desde que demonstrada a necessidade, a requerimento da parte, de terceiros interessados ou do Ministério Público, possa ser imprescindível ao convencimento do magistrado (Art. 41²⁵¹).

Entretanto, dentro do contexto da técnica processual, a constatação de que o termo ‘processo’ se notabiliza por sua tradição polissêmica²⁵² impõe o reconhecimento de que uma mera fonte documental permanece muito aquém de uma dedução científica das origens do direito afirmado pelo título executivo.

4.2.1.1 O processo administrativo fiscal

A perspectiva do processo administrativo fiscal denunciada pela técnica da LEF aponta para a questão que administrativistas e processualistas já há muito assentaram no sentido de que a processualidade contemporânea não é um fenômeno circunscrito à atividade jurisdicional. No cenário brasileiro, mesmo anteriormente à consagração pelo texto constitucional vigente através do inc. LV do art. 5º, as amplas discussões terminológicas e substanciais sobre a matéria já denotavam a presença da processualidade também no âmbito da atividade administrativa²⁵³.

²⁵⁰ SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira (coord.); PEREZ, Ademir (col.), et al. **Lei de execução fiscal**: Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980: comentada e anotada. Campinas: CS, 2004, p. 422.

²⁵¹ LEF. “Art. 41 - O processo administrativo correspondente à inscrição de Dívida Ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública será mantido na repartição competente, dele se extraindo as cópias autenticadas ou certidões, que forem requeridas pelas partes ou requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público. Parágrafo Único - Mediante requisição do Juiz à repartição competente, com dia e hora previamente marcados, poderá o processo administrativo ser exibido na sede do Juízo, pelo funcionário para esse fim designado, lavrando o serventuário termo da ocorrência, com indicação, se for o caso, das peças a serem trasladadas.”

²⁵² O destaque é James Marins ao observar que a compreensão de ‘processo’ oscila entre uma sequência de atos, uma relação jurídica e um conjunto físico de documentos (autos) (MARINS, 2012, p. 133).

²⁵³ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993, p. 169.

Com isso, a noção de procedimento, conquanto tenha se desenvolvido pelos estudos dos administrativistas, passou a se incorporar ao debate voltado a redefinir o conceito de processo em todas as projeções do Estado. Ainda que não se refute a absorção da fisionomia do procedimento, coordenado por uma sucessão encadeada de atos previstos e valorados pelas normas jurídicas e direcionado a um provimento final, a concepção de que o processo exige um passo mais adiante, de forma que possamos revelar toda a potencialidade de seu emprego²⁵⁴.

Essas conclusões retiradas da doutrina de Elio Fazzalari, determinam que o processo não se conduza sem um procedimento previamente determinado. Contudo o que o qualifica é o fato de que todos os seus atos se desenvolvam mediante a participação das partes interessadas no deslinde da questão. É nessa estrutura dialética do procedimento que o processo passou a ser pensado e estudado pela dimensão do movimento dos seus atos em contraditório²⁵⁵.

Percebemos que, nos meandros da Administração Pública, o instrumento que até então se desenvolvia pela observância da legalidade e pelo respeito da garantia dos administrados, recebeu novas missões em face das funções das funções do Estado. No momento em que se permite que os interessados sejam chamados a participar e apresentar argumentos e informações, o processo passou a ser, ao mesmo tempo, um instrumento de controle da sociedade e melhoria do conteúdo das decisões administrativas. É por isso que se conclui que o exercício do poder, por natureza autoritário, tem no processo administrativo uma forma de sua legitimação²⁵⁶.

Como uma de suas vertentes, a atuação da Administração Pública tributária enfatiza o reconhecimento da diferenciação entre processo e procedimento. Devemos estar atentos que “ambos guardam entre si uma relação de conteúdo e continente, ou seja, todo processo (*conteúdo*) conterà um procedimento, mas nem todo procedimento (*continente*) estará contido em um processo administrativo”²⁵⁷. Isso é bem evidente na etapa que

²⁵⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 112.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 119.

²⁵⁶ MEDAUAR, 2004, pp. 193-195.

²⁵⁷ LARA, Bianca del Pilar de Souza. **Os princípios do processo administrativo fiscal**. In: PAULA, Rodrigo Francisco de (coord.). *Processo administrativo fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

antecede a inscrição em dívida ativa, manejada para dar impulso à constituição do crédito fazendário, conduzida pela sucessão do procedimento ao processo administrativo fiscal.

Pormenorizando esse aspecto nos remetemos ao fato de que a lei produz o efeito de criar uma relação obrigacional entre Estado (credor) e cidadão (devedor), cujo objeto será a prestação pecuniária decorrente do tributo. A dívida, porém, surge ilíquida e não individualizada. Para que se torne exigível, a mesma lei que define a obrigação, impõe ao Estado o poder-dever de realizar um procedimento destinado a apurar os elementos subjetivo e objetivo da prestação (CTN, art. 142)²⁵⁸. Assim, de modo semelhante ao que ocorre com as sentenças condenatórias genéricas que reclamam apuração do valor da condenação ou individuação de seu objeto antes de serem executadas²⁵⁹, é por intermédio de um procedimento administrativo, cujo ato final é o lançamento tributário, que se forma a relação jurídico-tributária apta à provocação de todo aparato de cobrança da Administração Fazendária.

O procedimento administrativo fiscal é a primeira manifestação da unilateralidade do Estado²⁶⁰, porquanto não deduz qualquer litigiosidade entre o Estado e o cidadão. Pelo contrário, a prática das medidas preparatórias até a formalização da pretensão tributária obedece a um regime jurídico estritamente inquisitorial que, a despeito de não poder ser arbitrário, determina que o cidadão coopere com a Administração tributária, não apenas fornecendo as informações requisitadas pela autoridade administrativa, mas igualmente suportando as atividades investigatórias que darão suporte à fiscalização²⁶¹.

Entretanto, mais importante que isso, é a circunstância de que a substancialização da exigência devidamente cientificada ao cidadão transmude o procedimento em processo administrativo²⁶². Devemos destacar no entanto que, em sede não jurisdicional, nem sempre haverá um conflito de interesses a resolver. Bem comum é a existência de

²⁵⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 133-134.

²⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. II, p. 89.

²⁶⁰ Essa mesma prerrogativa é outorgada pela LEF ao Estado no momento em que determina a confecção da CDA sem qualquer participação do devedor.

²⁶¹ MARINS, 2012, p. 158.

²⁶² “Toda atuação estatal revela-se por meio de um procedimento, que é a sucessão encadeada de atos com vistas a um fim determinado. Somente quando esse fim tiver por causa uma relação jurídica entre Administração Pública e administrado é que estaremos diante do processo administrativo.” (LARA, 2006, p. 12)

processos não litigiosos²⁶³ onde, tal qual pode ocorrer, o cidadão pode concordar com a exigência tributária adimplindo a dívida, ou mesmo, permaneça inerte, diante da cobrança.

Nesse caso, harmonizar a coerência de um processo referenciado nos moldes democráticos significa entender que a litigiosidade administrativa é colocada pela lei à disposição do cidadão, cabendo a ele exercitá-la ou não²⁶⁴. Além disso, mesmo que não seja controvertida a dívida tributária²⁶⁵, todo o *iter* que se segue a cobrança administrativa²⁶⁶ deve respeito aos demais decorrências do princípio do devido processo legal²⁶⁷.

De todo modo, percebemos que a litigiosidade administrativa, nesse sentido, ainda que uma mera faculdade à disposição dos administrados, é vantajosa tanto para quem contesta, porquanto seja mais uma oportunidade de contestar a exigibilidade, como para a Administração, uma vez que a segurança jurídica da cobrança será reexaminada, aumentando o grau de certeza e liquidez de uma potencial execução fiscal.

4.2.2 O controle de legalidade administrativo do título executivo

A fato de a técnica processual ter destacado que será pela consecução do ato administrativo de inscrição em dívida ativa que se apurará a certeza e da liquidez do crédito (*vide supra* item ‘4.1’) demonstra mais uma impropriedade cometida pelo

²⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15ª ed. Rev. Ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 802-803.

²⁶⁴ Exemplificamos que, pelo rito do processo administrativo fiscal federal, o exercício do contraditório está previsto na seguinte disposição: Decreto-lei nº 70.235/72. “Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”.

²⁶⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, por decorrência da unidade de jurisdição, prescinde-se do esgotamento das vias administrativas de julgamento, para que questões controvertidas possam ser levadas à apreciação pelo poder judiciário. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 546.)

²⁶⁶ Ainda pelo mesmo diploma federal: “Art. 21. Não sendo cumprida nem impugnada a exigência, a autoridade preparadora declarará a revelia, permanecendo o processo no órgão preparador, pelo prazo de trinta dias, para cobrança amigável.

[...]

§ 3º Esgotado o prazo de cobrança amigável sem que tenha sido pago o crédito tributário, o órgão preparador declarará o sujeito passivo devedor remisso e encaminhará o processo à autoridade competente para promover a cobrança executiva.”

²⁶⁷ MEDAUAR, 2004, p. 194.

legislador ao misturar os efeitos dessa determinação com as finalidades inerentes do lançamento tributário²⁶⁸.

Não podemos refutar que a presença da Fazenda Pública orientada à formação do título executivo deva estar cercada de prudência, na medida em que, como representante judicial do Estado, é seu papel evitar, a todo custo, o ajuizamento de processos de execução infundados. Não obstante, o que se espera nessa fase da cobrança é a realização de um controle de legalidade suplementar, referenciado a examinar somente aspectos formais do lançamento²⁶⁹. Quando muito, será verificada a obediência aos dispositivos constitucionais sobre o sistema tributário nacional, às normas da codificação tributária e eventualmente o respeito ao rito do processo administrativo fiscal²⁷⁰. Acaso detectada alguma inconsistência, a Fazenda Pública recusará a inscrição devolvendo a documentação a sua origem, porquanto estaria comprometida a própria eficácia executiva ao débito em cobrança.

Esse raciocínio vai de encontro ao entendimento de que não pertencem ao título executivo em sentido formal os predicados de certeza, liquidez e exigibilidade. É no conteúdo materializado pelo direito subjetivo atestado que se colhem os elementos aptos a determinar a medida da execução²⁷¹.

Entretanto, considerar que tais requisitos são extraídos do lançamento tributário consubstanciando um dos controles administrativos de legalidade²⁷², não quer dizer que a via do recurso administrativo, eventualmente exercitada, não possa contribuir para o aprimoramento dos termos da exação tributária²⁷³, tal como se fosse um ‘*plus*’ a esse

²⁶⁸ FLAKS, 1981, p. 92.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 93.

²⁷⁰ PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. 6ª ed. Rev. Aum. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 44.

²⁷¹ DINAMARCO, 2002, pp. 505-506.

²⁷² Há autores que entendem que no próprio lançamento já reside o primeiro controle de legalidade. Nesse sentido, Maria Helena Raú de Souza apreende que “tal controle de legalidade encontra sua razão de ser não só na sujeição da atividade administrativa à lei, mas, em especial, porque o lançamento, tomado na abrangência conceitual que lhe dá a norma do art. 53 da Lei 4.320/64, e, destarte, alcançando toda atividade financeira do Estado, é ato administrativo vinculado por excelência.” (SOUZA, Maria Helena Raú de; FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Código Tributário Nacional Comentado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 846).

²⁷³ Os recursos administrativos apresentam-se como um dos modos pelos quais a Administração é provocada a fiscalizar seus próprios atos, visando ao interesse público e à preservação da legalidade. (MEDAUAR, 2004, p. 448).

mecanismo de acerto do crédito. A característica revisional dos atos do Poder Público que porventura estejam viciados por ilegalidade é uma das expressões do Estado de direito²⁷⁴, demonstrando incompatibilidade com a índole democrática a existência de decisões administrativas únicas e irreversíveis²⁷⁵. Trata-se inclusive de uma garantia constitucional (Art. 5º, inc. LV) que o legislador ordinário resolveu positivizar pelos fundamentos do inciso X, § único, da Lei nº 9.784/99.

4.2.3 Alterações no objeto da execução

A alteração do pedido após o ajuizamento da execução não é um incidente reconhecido pelos processualistas que se dispuseram a elaborar uma teoria científica para o título executivo. Essa possibilidade contraria a sistemática que envolve o procedimento executivo que se refere ao prévio acerto do objeto executado, configurando um título executivo isento de retoques, seja qual for a sua procedência. Não é por menos que a doutrina o considera como a causa de pedir da execução²⁷⁶, reafirmando que a disposição contida no inc. I, do art. 618 do CPC/73 (Inc. I, art. 803, CPC/2015), consagre a observação do dogma *nulla executio sine titulo*.

Questão singular, no entanto, que distingue os títulos executivos judiciais dos extrajudiciais vincula-se a circunstância de que estes prescindem de sentença para operarem a satisfação do credor. Em verdade, pela sua natureza, títulos extrajudiciais como a CDA, a despeito da força de presunção atribuída pelo ordenamento jurídico, são mais vulneráveis a questionamentos por conta da sua formação à margem da esfera judicial²⁷⁷.

A técnica processual trata especificamente a vulnerabilidade do título com a intenção de evitar execuções fiscais injustas ou indevidas com base em duas premissas: a prerrogativa estatal de revisão de seus atos maculados por ilegalidade e a condição de que a CDA deva

²⁷⁴ DI PIETRO, 2005, p. 73.

²⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 640.

²⁷⁶ ASSIS, 2007, p. 146.

²⁷⁷ ALVIM Netto, José Manoel de Arruda. **Dogmática jurídica e o novo código de processo civil**. Revista de processo, São Paulo, v. I, jan./mar. 1976, p. 85-133.

espelhar a apuração administrativa do débito. Mediante essas justificativas, a LEF flexibiliza o efeito decorrente das eventuais irregularidades identificadas após o ajuizamento da ação. Pelos fundamentos do § 8º, do art. 2º, da lei especial, a Fazenda Pública tem até a decisão de primeira instância, entendendo como tal a sentença em embargos de execução fiscal, para emendar ou substituir de forma unilateral a Certidão de Dívida Ativa, assegurada ao executado a devolução do prazo de defesa naquilo que for alterado.

Embora reproduza a mesma intenção do procedimento ordinário em proporcionar ao autor a oportunidade de emendar a inicial, acaso se apresente vício sanável que não constitua óbice ao prosseguimento da demanda (Art. 284, CPC/73; art. 321, CPC/2015), a norma tem contornos específicos tanto pelo afastamento da regra do art. 264, *caput*, do CPC/73²⁷⁸, segundo a qual, após a citação, não pode o autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu, como no que se refere aos limites de atuação da Fazenda Pública tendentes a remediar as distorções do título.

Nessa perspectiva, sendo inaplicável que o autor tenha no máximo dez dias para retificar as informações contidas na CDA, a regra especial determina que a preclusão temporal para a prática de atos desta natureza pelo órgão fazendário seja franqueada até a ocorrência da decisão de primeira instância. De certo que a perceptível imprecisão da técnica legislativa em não apontar qual a decisão de primeira instância de que trata o dispositivo²⁷⁹, não se opõe como impeditivo para que o intérprete condicione a prática dos atos processuais de saneamento à data de prolação da eventual sentença de mérito dos embargos do devedor²⁸⁰.

Além disso, a técnica processual, embora tenha cuidado de excepcionar a regra da inalterabilidade do título executivo, não discrimina expressamente quais hipóteses para que tal procedimento seja adotado na ação executiva. Obviamente que o permissivo legal

²⁷⁸ A técnica do CPC/2015 tornou mais flexível a possibilidade de o autor alterar os elementos da ação: “Art. 329. O autor poderá: I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Par. único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir”.

²⁷⁹ ASSIS, 2007, p. 1002.

²⁸⁰ CAIS, 2013, p. 524.

não se apresenta como uma autorização para que a Fazenda Pública altere ou substitua indiscriminadamente os dados identificados no título fiscal. Como uma questão processual aberta a diversas interpretações, Cleide Previtalli Cais adverte que eventuais modificações “devem guardar conformidade aos princípios constitucionais, sob pena de contrariar o princípio da segurança jurídica, provocando estado de fragilidade e de instabilidade na relação entre a Fazenda Pública e o contribuinte, quando executado”²⁸¹.

Analisando uma outra questão, isso não quer dizer, que a norma jurídica concreta não possa ser considerada nula no contexto da execução fiscal, importando na extinção do procedimento, em face da então inexistência do valor devido pelo executado, seja por decorrência do resultado da defesa apresentada, seja pela própria iniciativa da Fazenda que, ao rever seus registros internos, conclui unilateralmente pela inviabilidade e prosseguimento da cobrança e por decorrência da execução.

Aventando essa possibilidade, a técnica processual, ao tratar da hipótese em que a extinção da execução judicial se sucede de forma anormal²⁸², particulariza o procedimento ao afastar às partes que qualquer ônus decorra de uma casual execução indevida, estabelecendo como condição que as providências referentes ao cancelamento sejam adotadas pela Fazenda Pública antes da prolação da sentença em sede dos embargos do devedor, acaso sejam eles opostos (Art. 26²⁸³).

Esta circunstância excepciona a regra geral prevista no próprio texto da LEF, quando determina que, em todas as outras hipóteses em que for vencido, caberá ao Poder Público a responsabilidade pelo ressarcimento das despesas realizadas pelo executado (Art. 39, § único²⁸⁴) ao final do processo. Despesas, contudo, que não se confundem com as custas e emolumentos, posto que a Fazenda Pública goza de isenção tributária incondicional das taxas resultantes do impulso oficial no transcurso da execução fiscal, bem como não se

²⁸¹ *Ibidem*, p. 525.

²⁸² Explica Dinamarco que a despeito da satisfação do crédito constituir o resultado típico da execução, pode ocorrer certas situações em que lhe é imposta a extinção anormal, tais como as enumeradas no art. 794 do CPC/73, que por sua vez não podem ser consideradas como um rol exaustivo. Tanto é assim que a extinção pode decorrer inclusive diante da inexistência da situação jurídico-material no momento de propositura da ação (DINAMARCO, 2002, pp. 162-164).

²⁸³ LEF. “Art. 26 - Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.”

²⁸⁴ LEF. “Art. 39 [...] Parágrafo Único - Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.”

exige para tanto que a prática dos atos processuais fazendários permaneça obstada pela falta de preparo ou depósito prévio (Art. 39, *caput*²⁸⁵).

De todo o modo, em situada a execução fiscal naqueles casos que conduzem ao desfecho único esperado, necessária algumas considerações sobre quem deve figurar no pólo passivo da execução, porquanto a técnica reserve certas peculiaridades sobre o elemento intrínseco subjetivo da CDA que conduzem a um afastamento das regras gerais do Estatuto Processual Civil.

4.3 FORMAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL EXECUTIVA

Já foram identificados os entes a quem se destina a execução fiscal, sendo então relevante para a compreensão da relação processual executiva apontar os legitimados passivos do rito expropriatório especial, assim como destacar a extensão e o conteúdo do despacho inicial que, dentre outros procedimentos, ordena a citação dos executados.

4.3.1 *Legitimidade passiva*

Não podemos afirmar que a LEF tenha características muito diferenciadas quanto à especificação dos sujeitos processuais que porventura integrarão o pólo passivo da relação processual executiva, permanecendo vinculados a todos os efeitos decorrentes da constrição patrimonial. É de fácil percepção que o elenco apresentado no art. 4º do regime especial, com poucas variações, em muito se assemelha à relação enumerada no art. 568 do CPC/73 (Art. 779, CPC/2015)²⁸⁶. Ambas as prescrições legais agregam ao devedor originário um conteúdo fechado de pessoas que, ainda que não estejam diretamente

²⁸⁵ LEF. “Art. 39 - A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou de depósito prévio.”

²⁸⁶ CPC. “Art. 568. São sujeitos passivos na execução: I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo; II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; IV - o fiador judicial; V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.” LEF. “Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra: I - o devedor; II - o fiador; III - o espólio; IV - a massa; V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI - os sucessores a qualquer título.”

comprometidas com o adimplemento²⁸⁷, por opção do legislador, poderão potencialmente figurar no pólo passivo da relação processual executiva.

Colocando desta forma, diante da adequação da técnica processual às especificidades e os limites através dos quais o Estado irá direcionar subjetivamente a execução para a obtenção dos seus créditos financeiros, passamos a identificar como característico a preocupação da Fazenda Pública em configurar a responsabilização tributária de terceiros, uma vez que, com frequência, tenha dificuldades de executar o devedor originário. Por esse poder-dever estar expresso na lei especial²⁸⁸, é possível a extensão subjetiva da execução fiscal a outras pessoas que, mesmo que não tenham participado do binômio fisco-contribuinte, são qualificadas como co-responsáveis pelo pagamento da dívida, no momento em que o CTN os identifica como possuidores de algum vínculo com o fato gerador da obrigação tributária²⁸⁹. Agregando qualidade à determinação dos arts. 595 e 596 do CPC/73 (Arts. 794 e 795, CPC/2015), a LEF amplia o favorecimento do benefício de ordem na indicação de bens a serem penhorados para além do fiador e do sócio de pessoa jurídica, estendendo a faculdade a todos os responsáveis que porventura integrarem a demanda²⁹⁰.

Excetuando os casos em que a responsabilidade possa decorrer de fatos novos ou supervenientes ocorridos após o ajuizamento da execução fiscal, revela-se então mais uma finalidade do procedimento administrativo e eventualmente do processo administrativo. Se a intenção projetada pela técnica é a aplicação regime jurídico de responsabilização adotado pelo Código Tributário Nacional, é por meio da consecução da atividade administrativa destinada à formação em definitivo da relação jurídico-tributária que serão identificados não apenas os devedores, mas também os eventuais responsáveis pelo adimplemento da obrigação tributária.

²⁸⁷ Segundo Araken de Assis, o devedor e seus possíveis sucedâneos seriam considerados legitimados passivos ordinários. Aquele com legitimação primária e os demais, tais como o espólio, os herdeiros e os sucessores do devedor, com legitimação superveniente (ocorrida após a formação do título executivo). O fiador e o responsável tributário, por sua vez, enquadram-se na condição de legitimados extraordinários, que, de alguma forma, para a ter seu patrimônio exposto a assunção da dívida (ASSIS, 2007, pp. 395-399).

²⁸⁸ LEF. “Art. 4º [...] Par. 2º. À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.”

²⁸⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 286-287.

²⁹⁰ FLAKS, 1981, p. 158.

4.3.2 *Despacho inicial e citação*

Após a apreciação da inicial por um grau reduzido de cognição²⁹¹, mediante o qual se identifica se estão preenchidos os requisitos de admissibilidade da execução e, em sendo o caso aplicando o art. 616 do CPC/73 (Art. 801, CPC/2015), compete ao magistrado proferir o primeiro ato ordinatório do processo, que, a um só tempo, abrange a autorização para a citação, com vistas a formar a relação processual executiva, bem como configura-se em determinação para o procedimento da penhora, do eventual arresto, dos respectivos registros dos atos de sub-rogação perante os órgãos competentes, além da realização da avaliação dos bens porventura contristados pelo oficial de justiça (Art. 7º²⁹²).

Por seus múltiplos efeitos, a concretização do despacho inicial revela-se como a maior expressão do processo sumário da execução fiscal, demonstrando claramente que a utilização da técnica processual para imprimir celeridade ao procedimento²⁹³, evitando a volta sucessiva dos autos ao juiz para que seja ordenada cada uma dessas medidas²⁹⁴, uma vez que dispense sua intervenção na fase compreendida entre o deferimento da inicial e a penhora²⁹⁵.

Em uma análise comparativa com a execução ordinária apreendemos que essa concentração da penhora e a avaliação em um único ato tem semelhanças com as modificações que haviam sido introduzidas pela Lei nº 11.382/2006 sobre o § 1º do art. 652 do CPC/73 que, com os mesmos objetivos, buscou assegurar maior efetividade aos resultados esperados para a satisfação do credor dos títulos extrajudiciais²⁹⁶. No atual modelo executivo, o § 1º do art. 829 da Lei nº 13.105/2015 repete basicamente a mesma propensão do legislador.

²⁹¹ Ver referência nº 398.

²⁹² LEF. “Art. 7º - O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para: I - citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º; II - penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução, por meio de depósito, fiança ou seguro garantia; III - arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar; IV - registro da penhora ou do arresto, independentemente do pagamento de custas ou outras despesas, observado o disposto no artigo 14; e V - avaliação dos bens penhorados ou arrestados.”

²⁹³ ALBUQUERQUE, Marcos Cavalcanti. **Lei de Execução Fiscal, interpretação e jurisprudência**. São Paulo: WVC, 2003, p. 30.

²⁹⁴ FORNACIARI, 1982.

²⁹⁵ FLAKS, 1981, p. 175.

²⁹⁶ ARMELIN, Donaldo *et al.* **Comentários à execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 202.

De igual semelhança é o fato de que, assim como tinha se determinado a codificação processual desde o CPC/73 e agora persiste com a redação do art. 246 do CPC/2015, também o ato de citação da LEF adota como regra geral a modalidade postal. Por certo que sejam estas as únicas identidades, as exceções referenciadas à citação por oficial de justiça ou por edital recebem tratamento particular em cada um dos sistemas processuais (Art. 8º²⁹⁷).

Todavia, observando a técnica com mais acuidade, o que realmente merece atenção é não aplicação do § único, do art. 223, do CPC/73 (§ único, do art. 248, CPC/2015). É que pela lei especial a citação postal prescinde, para seu aperfeiçoamento, que a comprovação do recebimento do instrumento seja abonada pela assinatura do executado ou de seu representante legal, sendo bastante que a entrega se suceda em endereço identificado na inicial como domicílio fazendário do devedor²⁹⁸.

Quanto ao conteúdo do instrumento citatório, a precedência do credor na indicação de bens à penhora tal qual a previsão do § 2º, do art. 652, do CPC/73 (§ 2º, do art. 829 do CPC/2015), não é assimilada pela LEF, porquanto pela técnica processual particularizada cabe inicialmente ao devedor tal prerrogativa²⁹⁹. Caso assim não queira vincular seus bens à execução, ainda resta alternativamente a possibilidade do oferecimento de outras garantias como forma de evitar a expropriação³⁰⁰.

²⁹⁷ LEF. “Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas: I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma; II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal; III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital; IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterà, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo. § 1º - O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias.”

²⁹⁸ THEODORO Jr., 2004, p. 46.

²⁹⁹ Nesse sentido, denotamos que a técnica da LEF é dissonante com a evolução da processualística brasileira, uma vez que já se tenha constatado que não raro o executado se valha dessa faculdade de forma abusiva, seja desobedecendo a ordem legal, seja oferecendo bens de baixa liquidez. Por isso é que, no regime do CPC, a preferência de indicação de bens à penhora passou a ser do credor (ARMELIN, 2008, p. 203).

³⁰⁰ FLAKS, 1981, p. 196.

4.4 INTIMAÇÃO DAS PARTES

Se a citação já guarda suas peculiaridades, a comunicação dos demais atos do processo executivo é um dos aspectos em que se demonstram mais acentuadamente a distinção de tratamento entre a Fazenda Pública e o executado. A intimação pessoal é uma prerrogativa do Poder Público que, ainda que seja equivalente à vista dos autos em cartório ou em secretária (Art. 25³⁰¹), a técnica está longe de atribuir a mesma extensão de tratamento ao executado.

A pessoalidade, no caso de quem é executado, é reservada para a hipótese de intimação da penhora³⁰², naquelas situações em que a citação tenha se aperfeiçoado pela via postal, desamparada da assinatura do executado (Art. 12, § 3º³⁰³) ou quando a identificação dos bens se consumar na presença do executado, e como tal se proceda, em ato contínuo, a respectiva intimação³⁰⁴. Nestas circunstâncias, mesmo pelo caráter inovador da técnica, não haverá sentido para que a publicidade da penhora seja concretizada por intermédio da publicação na imprensa oficial (Art. 12, caput³⁰⁵). Essa, última regra, devemos observar, só seria pertinente na falta de contato direto do oficial de justiça com o executado, tal como ocorre nas constrições eletrônicas, onde é a própria vara procede ao bloqueio de ativos financeiros do devedor³⁰⁶.

Ao lado dessas especificidades, é com fundamento no princípio da economia processual que a técnica define o conteúdo mínimo para a publicação dos demais atos do processo

³⁰¹ LEF. “Art. 25 - Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente. Par. Único - A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretária.”

³⁰² Pela técnica executiva do atual CPC a intimação da penhora será, em regra, pessoal: CPC. “Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação. § 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.”

³⁰³ LEF. “Art. 12 - [...] 3º - Far-se-á a intimação da penhora pessoalmente ao executado se, na citação feita pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou de seu representante legal.”

³⁰⁴ FERNANDES, 2002, p. 152.

³⁰⁵ LEF. “Art. 12 - Na execução fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora. [...] 3º - Far-se-á a intimação da penhora pessoalmente ao executado se, na citação feita pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou de seu representante legal.”

³⁰⁶ LANNA, 2013, p. 467.

referentes à execução fiscal, em órgão de imprensa oficial (Art. 27³⁰⁷). Leva-se em conta que a sintetização das informações relacionada a duas ou mais execuções que eventualmente o executado esteja respondendo perante o mesmo juízo é medida que visa facilitar a localização dos respectivos processos. Muito embora a LEF aponte expressamente quais são tais requisitos, de fato, tal previsão harmoniza-se perfeitamente com a redação do § 1º do art. 236 do CPC/73³⁰⁸, replicada pelo § 2º do art. 272 do CPC/2015. Característico apenas o fato de que a codificação processual imputar nulidade às eventuais omissões quanto ao ato de publicidade, o que, a nosso ver, se adequa perfeitamente à técnica executiva especial.

4.5 ATOS INSTRUTÓRIOS PARA A EXPROPRIAÇÃO

O direito processual tributário se vale de normas de diferentes planos para identificar na responsabilidade patrimonial o meio assecuratório ao recebimento das exigências financeiras do Estado. Embora haja disposição expressa na codificação processual vinculadora do patrimônio do devedor às obrigações em geral, as mesmas conclusões podem ser alcançadas por uma leitura do art. 184 do CTN ou pelos termos da normatização executiva fiscal (Art. 30³⁰⁹)³¹⁰.

De forma geral, trata-se de uma responsabilidade cuja origem decorre do próprio vínculo jurídico obrigacional que persistirá enquanto não for satisfeito o direito do titular do crédito, estendendo-se, caso seja necessário, até a esfera processual, por meio da tutela jurisdicional executiva, sendo portanto o suporte para a invasão estatal no patrimônio do devedor³¹¹.

³⁰⁷ LEF. “Art. 27 - As publicações de atos processuais poderão ser feitas resumidamente ou reunir num só texto os de diferentes processos. Parágrafo Único - As publicações farão sempre referência ao número do processo no respectivo Juízo e ao número da correspondente inscrição de Dívida Ativa, bem como ao nome das partes e de seus advogados, suficientes para a sua identificação.”

³⁰⁸ FLAKS, 1981, p. 264.

³⁰⁹ LEF. “Art. 30 - Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.”

³¹⁰ PACHECO, 1997, p. 129.

³¹¹ RODRIGUES, 2009, pp. 67-69.

Permanecendo sem pagamento, o quadrante da execução passa então a ser o ambiente adequado para discriminar quais bens serão suficientes para responder pelo adimplemento. O devedor, nesse caso, convola-se em executado, sendo o papel da técnica executiva, dentre outras funções, definir quais as formas assecuratórias da execução, a quem cabe a sua escolha e eventuais alterações nas garantias oferecidas à satisfação do crédito.

Sob essa perspectiva, as formas de garantia da dívida apresentadas pelo sistema processual especial são particularmente diferenciadas e inovadoras. Ao lado da possibilidade do oferecimento de bens de terceiros à execução³¹², agregam-se como alternativas igualmente viáveis, o depósito do valor devido (Art. 32³¹³), ou, visando livrar o patrimônio da indisponibilidade, surge a opção o caucionamento da dívida por meio de fiança bancária ou seguro garantia. Esta última reserva, recentemente introduzida na técnica pela Lei nº 13.043/2014 (Art. 9º³¹⁴).

Sobre a matéria, destacamos que a disposição do § único, do art. 848, do CPC/2015, ao repetir quase que integralmente o § 2º, do art. 656, do CPC/73, com a redação decorrente da reforma processual conduzida pela Lei nº 11.382/2006, permite funcionalidades semelhantes sejam utilizadas pelo executado após a constituição da penhora³¹⁵. Em qualquer dos casos, tendo em conta que a relação material estabelecida seja limitada entre o executado e a instituição bancária, eventual descumprimento contratual do garante, não considerado como parte processual, não terá o alcance de isentar a responsabilidade patrimonial do devedor que com outros bens deve satisfazer a execução³¹⁶.

³¹² THEODORO Jr., 2004, p. 94.

³¹³ LEF. “Art. 32 - Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos: I - na Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, quando relacionados com a execução fiscal proposta pela União ou suas autarquias; II - na Caixa Econômica ou no banco oficial da unidade federativa ou, à sua falta, na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com execução fiscal proposta pelo Estado, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias. § 1º - Os depósitos de que trata este artigo estão sujeitos à atualização monetária, segundo os índices estabelecidos para os débitos tributários federais. § 2º - Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.”

³¹⁴ LEF. “Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária; II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia; III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.”

³¹⁵ CPC. “Art. 656. [...] § 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento).”

³¹⁶ ARMELIN, 2008, p. 229.

Como outra forma de garantia, é oportuno salientar que a eventualidade do depósito em dinheiro não deve ser entendida como medida equivalente ao pagamento do débito. Essa seria a situação apta ao reconhecimento da dívida e a extinção do processo. No entanto, nas hipóteses catalogadas no art. 9º, o que o executado deseja é prevenir que a indicação de bens se suceda pela iniciativa e critérios do Poder Público, bem como possibilitar-lhe a defesa por meio de embargos³¹⁷.

A penhora, por sua vez, caso seja a modalidade de garantia eleita pelo executado, há de se ater à ordem de gradação especialmente prevista pela LEF (Art. 11³¹⁸), relegando a uma aplicação meramente residual das disposições do art. 655 do CPC/73 (Art. 835, CPC/2015)³¹⁹. A técnica processual, sob esse aspecto, resguarda os direitos fazendários em algumas frentes. Primeiramente, quanto à prerrogativa de não estar a Fazenda Pública vinculada à hierarquia de bens penhorados pelo executado. A ela não se aplica, portanto, o referido dispositivo. Por outra ótica, embora o executado possa convolar a penhora em fiança bancária ou em dinheiro, é o Poder Público que assume maior potencial de alteração da garantia, porquanto, em qualquer fase do processo, esteja a sua disposição a recusa ou reforço dos bens, até então oferecidos pelo executado como medida assecuratória do juízo (Art. 15³²⁰)³²¹.

A posteriori, exaurido o quinquídio legal sem que tenha ocorrido o pagamento ou tenham sido adotadas quaisquer medidas por parte do devedor que garantam a dívida, a penhora realizada pelo oficial de justiça se apresenta como único caminho assecuratório do adimplemento da exigência tributária (Art. 10³²²), anotando que existem divergências na

³¹⁷ LANNA, 2013, p. 316.

³¹⁸ LEF. “Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I - dinheiro; II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III - pedras e metais preciosos; IV - imóveis; V - navios e aeronaves; VI - veículos; VII - móveis ou semoventes; e VIII - direitos e ações.”

³¹⁹ ASSIS, 2007, 1033.

³²⁰ LEF. “Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz: I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia; e II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.”

³²¹ FERNANDES, 2002, p. 212.

³²² LEF. “Art. 10 - Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.”

doutrina acerca da providência estar ou não vinculada à ordem de penhora prevista no art. 11 da LEF³²³.

É por essa sistemática que, independentemente de quem coube a identificação patrimonial, deve se suceder a avaliação (Art. 13, caput³²⁴) e o registro (Art. 14³²⁵) dos bens inventariados pela penhora. São medidas, segundo a técnica processual, praticadas pelo oficial de justiça que, além de apreensão, tem também o dever de mensurar provisoriamente o patrimônio apontado ou localizado, no caso de arresto, perfazendo pesquisas sobre “o valor de mercado, consultando peritos, mais afeitos à natureza da coisa, e ao próprio executado, tudo com o propósito de avaliar de forma exata, a *res pignorat*”³²⁶.

Importante destacar que essa autonomia do auxiliar da justiça, apesar de, à época da edição da LEF, possuir como precedente a técnica então adotada pela justiça do trabalho³²⁷, somente veio a se consolidar pela técnica da execução ordinária no bojo das últimas reformas processuais introduzidas no CPC/73³²⁸ e que recentemente veio a ser replicada no texto do art. 870 CPC/2015.

Embora o escopo seja acelerar a execução, tal medida não tem o condão de afastar observância do princípio da adequação da penhora ao montante exequendo³²⁹. A técnica, entretanto, não prescreve em que hipóteses a avaliação realizada pelo oficial de justiça poderá porventura ser questionada, restringindo-se a informar que o magistrado, após a oitiva da parte contrária, possa o magistrado nomear avaliador oficial para proceder à nova avaliação (Art. 13, §§ 1º e 3º³³⁰).

³²³ Em sentido favorável: LIMA, 1984, p. 104; FERNANDES, 2002, p. 196. Pela não vinculação ao art. 11: LOPES, Mauro Luís. **Processo judicial tributário**. 4ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 58.

³²⁴ LEF. Art. 13 - *O termo ou auto de penhora conterá, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.*

³²⁵ LEF. Art. 14 - *O Oficial de Justiça entregará contrafé e cópia do termo ou do auto de penhora ou arresto, com a ordem de registro de que trata o artigo 7º, inciso IV: I - no Ofício próprio, se o bem for imóvel ou a ele equiparado; II - na repartição competente para emissão de certificado de registro, se for veículo; III - na Junta Comercial, na Bolsa de Valores, e na sociedade comercial, se forem ações, debênture, parte beneficiária, cota ou qualquer outro título, crédito ou direito societário nominativo.*

³²⁶ ASSIS, 2007, 1044.

³²⁷ PACHECO, 1997, 182.

³²⁸ ASSIS, 2007, 1044.

³²⁹ ARMELIN, 2008, p. 232.

³³⁰ LEF. “Art. 13 [...] § 1º - *Impugnada a avaliação, pelo executado, ou pela Fazenda Pública, antes de publicado o edital de leilão, o Juiz, ouvida a outra parte, nomeará avaliador oficial para proceder a nova*

Para suprir tal omissão é necessário recorrer aos termos do art. 683 do CPC/73 (Art. 873, CPC/2015), no qual estão dispostas as hipóteses em que será admitida a avaliação extrajudicial e que, terminam por indicar que a avaliação conjugada com a penhora é apenas uma estimativa, e não uma avaliação propriamente dita, porquanto o auxiliar de justiça nem sempre detém conhecimentos específicos de um profissional especializado em tal função³³¹.

4.6 MECANISMOS EXPROPRIATÓRIOS

A prescrição de mecanismos expropriatórios, enquanto alternativa para a satisfação do credor, está estritamente relacionada ao destino dos bens vinculados à execução. Para cumprir tal função, a técnica executiva serve-se da penhora, porquanto, dentre os seus efeitos nos planos processual e material, apresentem-se a capacidade de especificação dos bens que responderão pela execução, bem como a ineficácia dos atos de disposição do patrimônio afetado à execução, desde a citação³³².

Obviamente, uma vez que a penhora recaia sobre espécie, não temos como falar em especificação de bens. Nesta hipótese não há muito o que conjecturar, cabendo ao exequente simplesmente levantar a quantia depositada, de modo que haverá um encurtamento entre a fase instrutória e a fase final da execução. De outra ótica, o potencial de eficácia da técnica processual executiva é avaliado quando é necessário desenvolver soluções para conciliar o direito de receber quantia certa em dinheiro e os bens de diferentes espécies apreendidos pelo órgão de execução, que a despeito de serem economicamente apreciáveis, não correspondem exatamente àquilo que se deve ao exequente³³³.

avaliação dos bens penhorados. § 2º - Se não houver, na Comarca, avaliador oficial ou este não puder apresentar o laudo de avaliação no prazo de 15 (quinze) dias, será nomeada pessoa ou entidade habilitada a critério do Juiz. § 3º - Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação."

³³¹ MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 3**. São Paulo: RT, 2007.

³³² ARMELIN, 2008, pp. 232-233.

³³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 142.

Por esse raciocínio, costuma-se franquear dois caminhos para alcançar o resultado esperado. Conforme esclarece Liebman:

Ou se atribuem esses bens ao exequente, realizando ato praticamente semelhante à *datio in solutum*, que se dá quando o credor consente em receber a coisa que não seja dinheiro em substituição da prestação que lhe é devida [...]; ou então se fazem operações necessárias para converter as coisas penhoradas em dinheiro, que servirá depois para satisfazer o exequente, sendo que o meio para converter essas coisas em dinheiro não pode ser senão a sua alienação contra pagamento do preço³³⁴.

Aquilo que o jurista peninsular descreve como meios de transferência da propriedade das coisas ou a titularidade dos bens penhorados sem o consentimento do executado é exatamente o que a técnica processual executiva se ocupa em definir e pormenorizar como formas de desapropriação. São atos executivos jurisdicionais que, por sua finalidade, podem ser caracterizados tanto pela transferência à terceira pessoa, mediante pagamento em dinheiro, do respectivo preço (arrematação); como pela possibilidade de o próprio exequente ou outro credor adquirir o bem penhorado (adjudicação).³³⁵

Embora, desde as últimas reformas processuais, exista uma tendência no sentido de ampliação do leque de possibilidades expropriatórias a disposição da execução, a técnica processual examinada se ocupou apenas de condicionar a satisfação creditícia do Estado-exequente à alienação ou à adjudicação.

4.6.1 A alienação judicial

A técnica, como lhe é característico, contempla de forma bem superficial alguns aspectos da venda judicial dos bens penhorados por intermédio da remição ou da arrematação³³⁶. Ainda que com relação à remição a LEF unicamente mencione que terceiro que tenha se vinculado à execução possa usufruir da condição de pedir em juízo o retorno dos seus bens penhorado mediante o pagamento do respectivo preço (Art. 19, I³³⁷), pela aplicação

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de processo civil**. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v. III, pp. 338-342.

³³⁶ FERNANDES, 2002, p. 351.

³³⁷ LEF. “Art. 19 - Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias: I - remir o bem, se a garantia for real;”

subsidiária da codificação processual é conclusivo que também o executado pode remir o bem, segundo a determinação do art. 651 do CPC/73 (Art. 826, CPC/2015)³³⁸.

Por outro mecanismo é permitido que os bens penhorados sejam indistintamente arrematados por uma única modalidade de licitação. Não houve a preocupação em distinguir espécies de hasta pública, de modo que todo o patrimônio arrecadado, móveis e imóveis, são submetidos aos requisitos procedimentais do leilão público (Art. 23, caput³³⁹). Isso, segundo versa a própria exposição de motivos da LEF, em seu item '75', seria justificável por que "a distinção entre praça e leilão, conforme se trate de bens móveis ou imóveis, não oferece alcance prático na execução regulada pelo anteprojeto"³⁴⁰.

Todavia, ao mesmo tempo que trata dos pormenores da arrematação de forma sintética, limitando a determinar a necessidade de publicação de edital, o prazo para sua divulgação e a exigência de intimação pessoal do advogado da Fazenda da realização procedimento licitatório (Art. 22³⁴¹)³⁴², a técnica processual prescreve a aplicabilidade na execução fiscal da alienação antecipada (Art. 21³⁴³) e da arrematação em lote dos bens penhorados (Art. 23, §1º³⁴⁴). Incidentes processuais que, por sua incompletude, reclamam a remissão subsidiária à codificação processual. Para a correta aplicação da alienação antecipada devemos recorrer ao art. 670 do CPC/73³⁴⁵ (Art. 852, CPC/2015); ao passo que diante da possibilidade da arrematação em lote, o silêncio das partes sobre a matéria, permite alternativamente a utilização do art. 691 do CPC/73³⁴⁶ (Art. 893, CPC/2015).

³³⁸ LIMA, 1984, p. 138.

³³⁹ LEF. "Art. 23 - A alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, no lugar designado pelo Juiz."

³⁴⁰ FLAKS, 1981, p. 439.

³⁴¹ LEF. "Art. 22 - A arrematação será precedida de edital, afixado no local de costume, na sede do Juízo, e publicado em resumo, uma só vez, gratuitamente, como expediente judiciário, no órgão oficial. § 1º - O prazo entre as datas de publicação do edital e do leilão não poderá ser superior a 30 (trinta), nem inferior a 10 (dez) dias. § 2º - O representante judicial da Fazenda Pública, será intimado, pessoalmente, da realização do leilão, com a antecedência prevista no parágrafo anterior."

³⁴² THEODORO Jr., 2004, p. 83.

³⁴³ LEF. "Art. 21 - Na hipótese de alienação antecipada dos bens penhorados, o produto será depositado em garantia da execução, nos termos previstos no artigo 9º, inciso I."

³⁴⁴ LEF. "Art. 23. [...] § 1º - A Fazenda Pública e o executado poderão requerer que os bens sejam leiloados englobadamente ou em lotes que indicarem."

³⁴⁵ PACHECO, 1997, p. 214.

³⁴⁶ Exposição de motivos e projeto 14/80. In: FLAKS, 1981, p. 439.

Embora a solução adotada pelo legislador em ter na codificação processual o ponto de apoio da LEF possa parecer coerente, a experiência tem demonstrado que nem sempre é trivial buscar a interpretação que atenda às necessidades decorrentes das lacunas deixadas pela técnica, resultando na produção de incertezas quanto aos procedimentos a serem adotados pelos aplicadores do direito. Observamos, sobre esse aspecto, que a circunstância da técnica processual não tenha disponibilizado maiores detalhes sobre a arrematação em hasta pública fez com que por muito tempo persistisse a dúvida se haveria um ou dois leilões na execução fiscal, porquanto a lei especial seja quanto à possibilidade de uma segunda alienação. Por isso, mesmo com a expressa subsidiariedade da codificação, somente com o decurso de reiterada decisões no mesmo sentido o STJ sumulou o reconhecimento da obrigatoriedade de um segundo leilão, se no primeiro não houver lanço superior a avaliação na execução fiscal³⁴⁷³⁴⁸.

4.6.2 Adjudicação

Como meio onde o credor recebe o próprio bem e não a sua conversão em espécie, a LEF prevê a adjudicação como forma indireta de expropriação que, conquanto aparentemente tenha semelhanças com a previsão da codificação CPC, pelo tratamento atribuído pela LEF, o Poder Público detém a prerrogativa exclusiva de exercer tal faculdade.

Indo além na disparidade, a adjudicação pode se consumir em três situações, ocorridas antes ou depois da realização do leilão (Art. 24³⁴⁹). Anteriormente ao processo licitatório, o direito fazendário poderá ser exercitado em condições especiais de aquisição do bem pelo valor da avaliação. Após este momento, outras duas oportunidades surgem com o encerramento do leilão. Primeiramente, caso não haja licitantes, mantendo ainda a transferência pelo valor da avaliação. Sendo licitado, a Fazenda ainda assim terá

³⁴⁷ FERNANDES, 2002, p. 328.

³⁴⁸ Súmula nº 128. “Na execução fiscal haverá segundo leilão, se no primeiro não houver lanço superior a avaliação”, em 14/3/1995.

³⁴⁹ LEF. “Art. 24 - A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados: I - antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos; II - findo o leilão: a) se não houver licitante, pelo preço da avaliação; b) havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias. Parágrafo Único - Se o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao dos créditos da Fazenda Pública, a adjudicação somente será deferida pelo Juiz se a diferença for depositada, pela exequente, à ordem do Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias.”

preferência em adjudicar o bem. Contudo, para que assim se suceda, o Poder Público deve ofertar não mais o valor da adjudicação, mas um montante pelo menos equivalente à condição ofertada pelo melhor lance do certame. Sendo esse o caso, eventual quantia inferior deverá ser complementada pela Fazenda com o depósito da diferença no prazo de trinta dias (Art. 24³⁵⁰).

Sustentando uma interpretação sistemática, Assis adverte sobre um eventual conflito de interesses entre o direito de adjudicação da Fazenda antes do leilão (Art. 24, I) e o direito do executado de impugnar a avaliação (Art. 13, § 1º). Isso ocorre porque, enquanto perdurar o direito de o executado contestar o valor atribuído ao bem, que vai até a publicação do edital, não poderá prosperar qualquer pedido da Fazenda no sentido de adjudicar o bem penhorado. É que nesse caso persiste uma incerteza quanto ao valor da avaliação, motivo pelo qual, enquanto inexistir um parâmetro para designar qual deverá ser o aporte fazendário, serão inconsistentes os meios de concretizar a expropriação³⁵¹.

Na técnica processual extravagante, do mesmo modo que nas demais execuções, paralelamente as normas que se dispõe a regular os meios de satisfação do credor, coexistem outros procedimentos cuja função é nitidamente oposta, na medida em que determinam os requisitos e hipóteses para que o executado conteste a legitimidade do título executivo.

³⁵⁰ LEF. “Art. 24 - A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados: I - antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos; II - findo o leilão: a) se não houver licitante, pelo preço da avaliação; b) havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias. Parágrafo Único - Se o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao dos créditos da Fazenda Pública, a adjudicação somente será deferida pelo Juiz se a diferença for depositada, pela exequente, à ordem do Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias.”

³⁵¹ ASSIS, 2007, p. 1055.

4.7. REMÉDIOS PARA PROMOÇÃO DA DEFESA DO EXECUTADO

4.7.1 *Embargos à execução fiscal*

4.7.1.1 Os embargos à execução dos títulos extrajudiciais

Conforme já ressaltamos, toda execução se desenvolve para que se transforme em realidade o direito reconhecido em sentença ou a obrigação contida em título extrajudicial. Independentemente da técnica executiva utilizada, o fenômeno da litigiosidade, enquanto uma decorrência do inadimplemento, não reserva espaço para que, no itinerário executivo, sejam controvertidas matérias pertinentes à legitimidade do título executivo³⁵². Tomar esse fato como verdade, não exclui a contingência de que conflitos sejam resolvidos incidentalmente por conta da conciliação entre os atos praticados na execução destinados à satisfação do credor e a garantia da menor onerosidade do executado, nem tão pouco afasta do devedor a faculdade de opor exceções que questionem o direito contido no instrumento executivo³⁵³. Se na primeira hipótese o que se quer é conduzir a exata medida da expropriação; na segunda, a intenção é propriamente obstar o prosseguimento da execução.

A suposição de que a eficácia executiva do título executivo possa ser retirada, ainda que seja uma realidade com a qual o legislador considere menos frequente, não é desprezada como um acontecimento improvável. A técnica executiva, nesse caso, deve estar apta a prescrever os meios para que o executado possa oferecer resistência ao cumprimento do direito haurido do título executivo. Na espécie analisada, a CDA, assim como os demais títulos executivos, não comporta que oposições de mérito sejam oferecidas na forma de um incidente cognitivo. Pela origem constitutiva da relação obrigacional e por uma opção do legislador, visando não causar uma confusão durante a cadeia executiva³⁵⁴, os argumentos dinamizados para desconstituir a eficácia abstrata do título devem ser veiculados por meio de um mecanismo de cognição colateral³⁵⁵, baseado em uma nova relação processual, com relativa autonomia diante daquela em que se desenvolve em

³⁵² MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1997, v. 4, pp. 38-39.

³⁵³ LIEBMAN, 1980, pp. 214-215.

³⁵⁴ RODRIGUES, 2009, p. 537.

³⁵⁵ SHIMURA, 1997, p. 118.

função da atividade executória. Essa cognição, devemos dizer, será plena e exauriente, diferente da característica eventual e rarefeita que se conduz através do processo executivo³⁵⁶.

Todavia, é pela compreensão de como funciona essa independência que podemos perceber que o espaço reservado à discussão do direito versado no título não deixa de manter uma conexão com o processo de execução, substancializada por meio de uma relação de prejudicialidade. Liebman, atento a essa particularidade, afirma que “a vida do processo de cognição depende de perdurar o processo de execução: se este desaparece, arrasta-se consigo inevitavelmente o outro”³⁵⁷.

No dimensionamento da técnica executiva, o litígio, como um elemento previsível, mas não obrigatório, é o que determina a existência ou não desse outro contraditório fora do processo de execução e que, com aquele direcionado a controlar a amplitude dos atos executivos não se confunde³⁵⁸. Isso traduz a forma com que o sistema processual concebe a finalidade dos embargos à execução, reconhecido formalmente como uma ação de conhecimento com natureza jurídica constitutiva negativa³⁵⁹, mas que, mesmo colocando o devedor na posição de autor, funciona como um meio de defesa, tendo como objetivos: o ataque a relação processual executiva visando a extinção da execução, a redução subjetiva ou objetiva ou a desconstituição de alguns de seus atos executivos³⁶⁰.

Esse propósito é discriminado pelo legislador pela ideia de que nos embargos à execução de título extrajudicial poderão ser alegadas “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”. Acreditamos que a justificativa para tal particularidade perpassa pelas conclusões de Pontes de Miranda naquilo que denominou de “execução adiantada”, sustentando que a criação do título não jurisdicional, pelo fato de não ter passado pelo crivo judicial, tem sua análise postergada para o momento da oposição dos embargos do executado³⁶¹.

³⁵⁶ WATANABE, 1999, pp. 112-115.

³⁵⁷ LIEBMAN, **Embargos do executado**. 1ª ed., Campinas: Bookseller, 2003, pp. 293-294.

³⁵⁸ ALVIM, J. J. Carreira; e CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. **Nova execução de título extrajudicial**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 200.

³⁵⁹ LIEBMAN, 2003, p. 228 e ss.

³⁶⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. São Paulo: RT, 1995, p. 59.

³⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. IX.

Embora o manejo das chamadas objeções³⁶² permita que as questões cognoscíveis de ofício sejam contingencialmente examinadas no bojo da própria cadeia de atos expropriatórios³⁶³, é característico da técnica processual para satisfação do direito contido nos títulos executivos que, em regra, todas as defesas sejam compartimentadas no interior dos embargos à execução³⁶⁴, sendo integralmente submetidas à análise do juízo da execução.

4.7.1.2 As especificidades dos embargos à execução fiscal

Trazendo todo esse raciocínio para dentro da execução fiscal, a técnica processual reproduz no texto legal essa mesma sistemática de proporcionar ao executado a contraposição de “toda matéria útil à defesa”³⁶⁵, consignando, contudo que, diante de certas alegações, o executado estaria obstado de veicular oposição pela via dos embargos à execução (Art. 16, §§ 2º e 3º³⁶⁶).

De mais relevante, discrimina o proibitivo que, no âmbito da matéria embargada, questões envolvendo compensação e restituição tributária não poderão obstruir os resultados esperados pela execução fiscal. Em parte, a primeira situação é justificada por meio dos itens ‘66’ e ‘67’ da exposição de motivos da lei especial ao esclarecer que a compensação

³⁶² Por uma questão de sistematização, nos alinhamos a compreensão de Medina que denomina de objeções, as matérias que devem ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional, independente de provocação do interessado. Exceções seriam as demais, vinculadas à disposição das partes (MEDINA, 2004, p.377).

³⁶³ "Destarte, mesmo considerando que a discussão sobre o mérito da execução se dá em outra sede, não se pode afirmar que inexistia a possibilidade de defesa do executado no processo de execução. O demandado poderá postular a redução da penhora, pleitear sua substituição, impugnar a avaliação dos bens etc. E, como se depreende, as decisões interlocutórias proferidas no curso do processo de execução é que determinarão a medida da agressão patrimonial imposta pelo Estado ao executado. Ademais, o demandado pode deduzir as matérias relativas a regularidade dos atos do processo, pressupostos processuais, condições da ação, incidentes do processo etc." (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 99-100).

³⁶⁴ Refletindo sobre as bases do CPC/73 e, ainda que não estejam disciplinados pela LEF, “Há outros embargos que podem ser opostos na execução fiscal (à arrematação, à adjudicação e os de terceiro), regulados pelos arts. 746, 1.046 e 1.047 do CPC, que não são dirigidos à desconstituição do título executivo” (FERNANDES, 2002, p. 276)

³⁶⁵ LIMA, 1984, p. 129.

³⁶⁶ LEF: “Art. 16 [...] § 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite. § 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.”

tributária, diferentemente do que ocorre na esfera civil, é regulada pelo art. 170 do CTN, motivo pelo qual reclamaria para sua consumação a precedência de lei autorizativa para tal³⁶⁷.

Obviamente que a técnica não está aqui se referindo àquelas compensações operacionalizadas anteriormente à execução fiscal, com base no art. 74 da Lei nº 9.430/96³⁶⁸ ou ainda pelo art. 66 da Lei nº 8.383/91³⁶⁹, e que, indevidamente, foram desconsideradas pela Fazenda Pública na apuração do *quantum debeatur*. Na verdade, o que realmente quer se evitar é que o processo judicial sirva de terreno para a discussão meritória de um eventual crédito em favor do executado³⁷⁰.

A questão proibitiva da restituição, por sua vez, está relacionada a outra vedação da LEF, no sentido de a ação de conhecimento não comportar o instituto processual da reconvenção³⁷¹. É que nessa circunstância não poderá o embargante valer-se da oposição para obter a condenação da Fazenda Pública na repetição do indébito tributário. Na melhor das hipóteses os embargos servirão ao reconhecimento da inexistência da relação jurídico-tributária, sendo necessário o ajuizamento de ação condenatória própria para repetir o que foi indevidamente recolhido pelo embargante³⁷². Nesse aspecto, Liebman deixa evidente que

Não se pleiteia, de fato, com a demanda, uma restituição porque ainda não se consumou um enriquecimento patrimonial, e trata-se, antes, de evitá-la tornando impossível a execução iniciada pelo credor. Mesmo a eventual

³⁶⁷ FLAKS, 1981, p. 438.

³⁶⁸ Lei nº 9430/96: “Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)”

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)”

³⁶⁹ Lei nº 8.383/91: “Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente”

³⁷⁰ PAULA, Rodrigo Francisco de. **Embargos à execução fiscal**. In: Jeniêr, Carlos Augusto (coord.). Execução fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 292.

³⁷¹ Sobre o assunto comenta Carlos Lindenberg Ruiz Lanna que “A intenção é a de restringir o âmbito de conhecimento ao tema da dívida fiscal materializada na CDA. Este é o limite objetivo da demanda. Se o legislador autorizasse o pedido contraposto e a reconvenção, estaria permitindo fosse ampliado o âmbito cognitivo dos embargos, frustrando com isso o *desideratum* da Lei de Execuções Fiscais, que é estabelecer um procedimento célere para cobrança do débito fiscal (LANNA, 2013, p. 774).

³⁷² PAULA, 2003, p. 286.

demanda de restabelecimento do estado de fato anterior não é mais que um acessório consequente à demanda principal, na hipótese de já se haver consumado algum ato de agressão ao patrimônio do devedor.

No tocante ao conjunto probatório que fundamentará as alegações apresentadas pelo executado, a LEF repete o regramento da codificação processual ao submeter a inicial dos embargos aos mesmos requisitos dos art. 396 do CPC/73 (Art. 434, CPC/2015), ressaltando, porém, a necessidade de especificação e anexação das provas aos autos e não apenas o protesto por produzi-las³⁷³ (Art. 16, § 2º, *in fine*³⁷⁴).

Não menos importante é dizer que, apesar de a técnica ser omissa, a doutrina tem entendimento firmado quanto à prevalência da súmula nº 256 do antigo Tribunal federal de Recursos³⁷⁵, pela qual a Fazenda Pública, caso não apresente contestação nos embargos à execução fiscal, mesmo assim não experimentará os efeitos da revelia. A justificativa para esta especificidade estaria fundamentada na presunção de certeza e liquidez da CDA que somente cederia lugar diante de prova inequívoca, a cargo do executado ou terceiro a quem aproveite³⁷⁶.

4.7.1.3 O processamento dos embargos

Embora, em linhas gerais, o processamento e o julgamento dos embargos à execução fiscal em muito se assemelhem aos procedimentos dos embargos do devedor regulados pelo CPC³⁷⁷, a técnica reserva requisitos específicos que condicionam a admissibilidade da relação processual cognitiva de forma peculiar. Com isso, mesmo que em relação as condições genéricas (legitimidade das partes, interesse processual, etc.) não haja pormenores a acrescentar, é relevante abordar o formato dos requisitos suplementares consignados pela LEF como condicionantes à apreciação da ação de oposição³⁷⁸.

³⁷³ FERNANDES, 2002, p. 280.

³⁷⁴ LEF. “Art. 16 [...] § 2º [...] *requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.*”

³⁷⁵ Súmula nº 256 TFR: “A falta de impugnação dos embargos do devedor não produz, em relação à Fazenda Pública, os efeitos de revelia.”

³⁷⁶ PAULA, 2003, p. 326.

³⁷⁷ THEODORO Jr., 2004, p. 124.

³⁷⁸ FLAKS, 1981, p. 223.

Em termo objetivos, identificamos dois requisitos que, não obstante controlem a admissibilidade da ação em diferentes perspectivas, pela característica imposta pela técnica, somente por um exame conjugado é possível concluir se o mérito da ação poderá ser apreciado. Isso decorre da constatação de que o requisito da segurança do juízo (Art. 16, § 1º³⁷⁹) funciona como antecedente lógico para possamos averiguar a tempestividade do prazo de trinta dias para o ajuizamento dos embargos à execução fiscal. O procedimento se complica ainda mais porque o termo de início da contagem é diversificado de acordo com a forma de garantia do juízo adotada (Art. 16, incisos I, II e III³⁸⁰).

Aliada a tempestividade, a segurança do juízo, pelo método articulado de acordo com norma, tem estritamente a função de propiciar a análise de mérito dos embargos, não guardando qualquer relação com a suspensão da execução fiscal. Configura-se uma questão que, diante do caráter omissivo do legislador ao não prescrever nenhum dispositivo no diploma legal que atribua efeito suspensivo à oposição dos embargos à execução, tem sido objeto intensas críticas doutrinárias.

Em nível comparativo, e até como forma de avaliação do desenvolvimento da ciência processual no Brasil, é oportuno rememorar que um dos avanços do conjunto de reformas processuais introduzidas pela Lei nº 11.382/2006 foi justamente a simplificação da técnica executiva em favor da efetividade processual, tendo como pontos relevantes a unificação do prazo para oposição dos embargos a contar da data da juntada do mandado de citação (Art. 738, CPC/73) e a revogação da exigência da segurança do juízo como requisito de admissibilidade dos embargos do devedor (Art. 736, caput, CPC/73)³⁸¹, assuntos que serão tratados mais detidamente no próximo capítulo.

³⁷⁹ LEF. “Art. 16 [...] § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.”

³⁸⁰ LEF. “Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: I - do depósito; II - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; III - da intimação da penhora.”

³⁸¹ SCARPINELLA BUENO, Cássio. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 251-256.

4.7.2 Embargos infringentes

Há que se ver nesse ponto que, ao lado dos embargos à execução, o regramento prescreve os embargos infringentes como uma figura recursal *sui generis* que apesar do mesmo *nomen juris* não se confundem com o meio de impugnação prescrito pelo art. 530 do CPC/73. Pelo modelo executivo observado, inobstante a possibilidade de as partes apelar da sentença proferida em sede de embargos do executado cujo processamento poderá dispensar o revisor da matéria (Art. 35³⁸²), a técnica introduz um novo mecanismo de inconformidade destinado a provocar o reexame das causas de pequeno valor pelo próprio magistrado que proferiu a decisão cognitiva. Diante dessa previsão que melhor se adequaria com a denominação de “embargos de alçada”, a intenção do legislador, claramente demonstrada, é reduzir a incidência do duplo grau de jurisdição, de forma a minimizar os impactos dos inúmeros feitos levados ao conhecimento da instância superior. O que se imaginou é que as causas cujo valor esteja abaixo do limite estipulado pela lei, passam a não compensar o esforço para apreciação pelo colegiado³⁸³.

Naturalmente, por uma decorrência lógica, ações com esta característica, não poderiam estar sujeitas ao reexame obrigatório prescrito no art. 475 do CPC/73³⁸⁴ (Art. 496, CPC/2015). Quando muito, a LEF expressamente permite que, além dos embargos infringentes, sejam opostos embargos de declaração (Art. 34³⁸⁵).

4.7.3 Outros meios de impugnação

Visando evitar a procrastinação processual, a LEF trata de delimitar não apenas os procedimentos articulados no curso do processo executivo, mas também os meios pelo qual o objeto da execução possa ser submetido ao controle jurisdicional. Em princípio, o que deseja o legislador é que não haja espaços a discussões paralelas à execução fiscal³⁸⁶.

³⁸² LEF. “Art. 35 - Nos processos regulados por esta Lei, poderá ser dispensada a audiência de revisor, no julgamento das apelações.”

³⁸³ FERNANDES, 2002, P. 427.

³⁸⁴ LIMA, 1984, p. 174.

³⁸⁵ LEF. “Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.”

³⁸⁶ PACHECO, 1997, p. 279.

Por isso é que a técnica determina um campo bem restrito às chamadas defesas heterotópicas. A possibilidade de interferência no rito expropriatório, após o ajuizamento da ação executiva, permite exclusivamente a concomitância de um eventual mandado de segurança ou das ações destinadas a repetir ou anular indébitos fiscais. Ressalva a lei especial, não obstante, que está última hipótese seja condicionada ao preenchimento da cláusula *solve et repete* (Art. 38, caput³⁸⁷).

O sistema processual arremata esse aspecto por meio da vedação à concomitância entre um processo administrativo e uma ação tendente à anulação de débito fiscal que tenham em comum a causa de pedir e pedido³⁸⁸. Ocorrendo esta hipótese, segundo o preceito normativo, a opção pela via judicial importará na renúncia automática a qualquer tipo de discussão administrativa do mesmo objeto (Art. 38, § único³⁸⁹).

Finalizada a abordagem dinamizada à compreensão do desenvolvimento da técnica da execução fiscal, conjuntamente com todo o arcabouço até então colhido, são assentadas as condições para um exame crítico determinado por reflexões sobre os pontos de conexão do método processual para execução dos créditos públicos e o devido processo legal com os seus respectivos desdobramentos.

³⁸⁷ LEF. “Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.”.

³⁸⁸ MARTINS. Ives Gandra da Silva. **A equivalência no pedir para término de processo administrativo, quando de recurso ao Judiciário**. RDDT. São Paulo: Dialética, n. 206, nov. 2012, p. 62.

³⁸⁹ LEF. “Art. 38. [...] Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”

5 ç SOBRE A TÉCNICA DA EXECUÇÃO FISCAL PELA DIMENSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

5.1 A PROPOSTA METODOLÓGICA

No capítulo anterior conduzimos o dissertativo como meio de entendimento da técnica processual da execução fiscal, tal como desenhada ou construída pelo legislador infraconstitucional, identificando, dentro dos pontos que a doutrina já se pronunciou, as possíveis justificativas para a forma como foram concebidos os dispositivos do sistema processual, sobretudo as características mais marcantes do rito expropriatório. Essa apreensão, ainda que superficial, despida de grandes pretensões críticas, agregada às convicções adquiridas nas abordagens preliminares, são, no entanto, elementos fundamentais para os objetivos do conteúdo proposto que, a partir de então, examinará as questões que, de certa forma, colocam em suspeição a constitucionalidade da LEF sobre as bases do princípio do devido processo legal. Por uma opção metodológica, nossa orientação é direcionada em duas frentes: - consolidação de argumentos que demonstrem os aspectos da técnica processual em contrariedade com o princípio devido processo legal; e, como passo seguinte, - identificação como a matéria, eventualmente, tem sido tratada pela jurisprudência.

Não existem dúvidas que seja da natureza da execução buscar a equalização entre uma tutela jurisdicional articulada a atender o interesse prático do exequente com a necessidade de utilizar-se de meios de satisfação do direito pleiteado que menos interfiram na esfera de privacidade do executado. Entretanto, esse raciocínio, mesmo que atribua sentido a uma atividade jurisdicional executiva conduzida pela máxima efetividade e menor gravosidade³⁹⁰, pode se mostrar inócuo se aliado a uma técnica processual cujos atos executivos dificultem ou privem o executado do acesso à justiça, seja por criar obstáculos excessivos ao contraditório, seja por desigualar injustificadamente os envolvidos no processo.

É justamente em virtude do comprometimento de evitar que tais situações estejam presentes na norma processual que pretendemos realizar uma abordagem crítica da

³⁹⁰ MEDINA, 2004, p. 34.

técnica processual determinada por três projeções: - a formação e a possibilidade alteração ou substituição do título executivo³⁹¹; - as desigualdades entre faculdades, poderes e deveres no regime processual determinado para o *iter* constitutivo; e – a questão do acesso à justiça examinada através dos requisitos de admissibilidade dos embargos à execução fiscal.

Conforme já havíamos anunciado, não estamos analisando uma técnica processual completa que, pelo seu teor, regule todos os pormenores da execução fiscal. Não foi esse o caminho eleito pelo legislador³⁹². Como consequência, o que verificamos são diversas lacunas e omissões da lei que acabam por ampliar desmedidamente o papel da doutrina e da jurisprudência na tentativa de interpretar, ou mesmo reinterpretar, a LEF em conformidade com a Carta Cidadã e que, ainda assim, nem sempre apresentam soluções adequadas ao modelo constitucional referenciado pelo devido processo legal.

A despeito das considerações do capítulo II, é oportuno reiterar que existe realmente um obstáculo de difícil transposição para o jurista contemporâneo configurado pela condição patológica de a norma especial, na exposição dos motivos que levaram a sua criação, deixar bem transparente em vários trechos que o paradigma utilizado pela LEF é prevalentemente o Código de Processo Civil de 1973, não havendo naquele momento a preocupação que inspirasse o legislador infraconstitucional naquela ocasião em reverenciar a ordem constitucional como fonte das garantias para o processo³⁹³.

Diante desse cenário que ainda hoje repercute na prática processual coordenada através da LEF, passemos então a um exame científico daqueles pontos já referenciados como de interesse à dimensão constitucional do processo.

³⁹¹ Embora essa discussão não se relacione diretamente com os atos executivos propriamente ditos, acreditamos que seja um ponto relevante a examinar, sobretudo diante das frequentes controvérsias alavancadas pelos aplicadores e intérpretes do direito.

³⁹² PELISSARI, Darcy Henrique Rocha. **Abordagem histórico-evolutiva**. In: JENIÊR, Carlos Augusto (coord.). Execução fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 13-14.

³⁹³ Flaks expõe a condição de mero coadjuvante da Lei Maior ao afirmar que a LEF em primeiro plano “harmoniza-se com os princípios e regras do Código de Processo Civil cujas premissas e campos de aplicação constituem o embasamento do projetado ordenamento sem perder de vista os aspectos essenciais da dinâmica processual, atendendo, como as garantias fundamentais do sujeito passivo”, demonstrando claramente a reserva de um espaço muito restrito às questões constitucionais na elaboração da técnica processual (FLAKS, 1981, p. 454).

5.2 REFLEXOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

Do momento em que discutimos a questão da formação do título fazendário, podem surgir indagações acerca das justificativas que levaram o legislador a atribuir à CDA à condição de documento portador de sanção. Mesmo que não parem dúvidas acerca da legitimidade da sentença que lastreia o título executivo judicial, outras considerações devem ser traçadas em relação os títulos extrajudiciais, tendo em vista que o valor ‘certeza’ nem sempre é o único parâmetro visado pelo legislador para deduzir eficácia executiva a certos atos extrajudiciais³⁹⁴.

Para tanto, os limites da atividade legiferante devem balizar-se sobretudo nos princípios erigidos pela Constituição Federal como fundamentais e que acabam por tutelar o executado. A harmonização destes valores com base na proporcionalidade passa a ser decisiva na escolha daquelas hipóteses que irão denotar a presença de um título executivo³⁹⁵.

A despeito da imprescindibilidade desse fundamento, ele, muitas vezes, não é o único em que se baseia o legislador. A CDA é um exemplo típico dessa situação, onde grande parte de sua suposta credibilidade é justificada pelo ente que o emite, chegando ao ponto de permitir, mesmo com as considerações que apontamos acerca da técnica de formação do título executivo (*vide supra* item ‘4.2’), a emissão do título unilateralmente, sem nem mesmo conter a assinatura do devedor³⁹⁶.

De acordo com a teoria processual moderna, o grau de certeza do suporte fático do título executivo demonstrado através da origem da norma jurídica concreta que se formou previamente é irrelevante para dar início a execução. Uma diferenciação dos títulos executivos em judiciais e extrajudiciais segundo o grau de probabilidade e certeza e verdade que deles decorrem não surtirá efeitos sobre a técnica executiva³⁹⁷.

³⁹⁴ MEDINA, 2004, pp. 233-234.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 235.

³⁹⁶ *Ibidem*, pp. 150-152.

³⁹⁷ RODRIGUES, 2009, p. 115.

Essa é uma das características que define o processo de execução que, contudo, não deve ser tomada de forma absoluta, uma vez que seja da própria natureza do título executivo não oferecer garantia plena da existência do crédito. É por isso que não podemos manter uma completa indiferença da ação executiva em face do direito material em execução³⁹⁸.

Nesse aspecto percebemos que, do mesmo modo como foi demonstrado que a unilateralidade construtiva da CDA deve ser vista com reservas, na medida que do processo administrativo em que se forma a relação jurídico-tributária são derivadas as garantias do devido processo legal (*vide supra* item ‘4.2.1.1’), devemos acentuar que os aspectos cognitivos pré-processuais possuem limitações decorrentes de sua natureza não jurisdicional.

É de se ver que ao controle interno da Administração Pública, consubstanciado no princípio da autotutela com a finalidade de aprimorar o conteúdo decisório³⁹⁹, não é dado a prerrogativa de apreciar incidentalmente a constitucionalidade de suas ações. Naturalmente, este passa ser um fator que limita o exercício da ampla defesa em sede administrativa. Mesmo que prescindível diante da fórmula constitucional, pelo menos em nível federal, essa vedação foi positivada mediante as alterações introduzidas pela Lei nº 11.941/2009 no Decreto nº 70.235/72⁴⁰⁰.

Além disso, é da natureza da apreciação administrativa não se revestir da imparcialidade inerente ao controle jurisdicional pela simples argumentação de que o ente que decide é o mesmo que reexaminará a questão controvertida. A título de exemplo, no âmbito

³⁹⁸ SHIMURA, 1997, pp. 98-100.

³⁹⁹ James Marins aponta o princípio da autotutela vinculada do ente tributante que ocorre em dois momentos distintos: diante do accertamento da obrigação tributária (lançamento) e, casualmente, no curso do julgamento de resistência deduzida pelo contribuinte, acrescentando a seguir que “além da vinculação que caracteriza a atuação do agente administrativo no primeiro momento, haverá ainda a processualidade a conformar a atuação do julgador administrativo em segundo momento, quando passa a incidir a cláusula *due process of law* (MARINS, 2012, p. 73).

⁴⁰⁰ Decreto-lei nº 70.235/72. “Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. [...] § 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; II – que fundamente crédito tributário objeto de: a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

federal, podemos objetivamente analisar a estrutura básica de funcionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF que literalmente identifica como missão: “Assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários”⁴⁰¹. A predisposição a emitir julgamentos imparciais é obtida por meio da estruturação do colegiado em turmas especializadas de julgamento, compostas paritariamente com três representantes dos contribuintes e três representantes da Fazenda⁴⁰². Se é o equilíbrio de declarações de voto entre representantes do Estado e da sociedade que assegura a imparcialidade anunciada, não podemos então refutar que, em caso de empate na votação, será prerrogativa da presidência da turma, ocupada obrigatoriamente por um membro fazendário, a emissão um segundo pronunciamento especialmente rotulado como ‘voto de qualidade’ e que, em regra, irá assentar o posicionamento definitivo do órgão colegiado sobre a controvérsia tributária⁴⁰³. Por mais que reconheçamos a importância, a seriedade e o comprometimento dos julgadores com a realização da justiça tributária, é forçoso admitir que o desequilíbrio eventual ocorrido não se compatibiliza com a pretensão de imparcialidade.

Diante disso, a vedação ao controle de constitucionalidade e a parcialidade revisional administrativa só vem a corroborar as conclusões de que o grau de certeza da existência do crédito tributário contido na CDA pode no máximo ser fortalecido, caso a questão venha a ser reexaminada pelo próprio Estado-arrecadador. Sua presunção sempre será relativa e em nenhuma hipótese adquirirá a legitimidade procedimental democrática que decorre do título extraído da sentença judicial.

Nesse ponto, poderíamos levantar os seguintes questionamentos: - Qual é então a utilidade para a técnica processual regulada pela LEF da etapa que precede o ajuizamento da execução, mais precisamente, o procedimento e o processo administrativo fiscal? – Existem outras consequências para a técnica processual, além constatação de que cada fase, a seu modo, atribua certo grau de legitimidade à CDA⁴⁰⁴?

⁴⁰¹ Disponível em <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

⁴⁰² Regimento interno do CARF - Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009. Art. 23. Cada turma ordinária ou especial é integrada por 6 (seis) conselheiros titulares, sendo 3 (três) representantes da Fazenda Nacional e 3 (três) representantes dos contribuintes.

⁴⁰³ Regimento interno do CARF - Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009. Art. 54. As turmas ordinárias e especiais só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade.

⁴⁰⁴ Admitir que o procedimento fiscal, embora unilateral, legitime o título fazendário é dizer que seu manejo pela autoridade administrativa decorre de lei (Art. 142, CTN); o processo administrativo fiscal, por outro

Respostas a tais perguntas devem ser desenvolvidas a partir da compreensão de que a cognição judicial, mesmo que escassa ou eventual na execução, ainda é uma importante ferramenta para adequação do processo ao direito, máxime pelas peculiaridades que envolvem a pretensão a ser tutelada⁴⁰⁵. Por isso que, no contexto expropriatório, independente de provocação das partes, o juiz não pode se comportar de forma automatizada, despido de qualquer participação inteligente. Em sua função jurisdicional deve sempre ter em mente a necessidade de manter o controle da medida da agressão patrimonial⁴⁰⁶.

Para conviver com essa realidade na perspectiva da fórmula moderna adotada para a execução em que se prescinde de qualquer discussão sobre o direito encerrado no título executivo, aderimos a postura de Medina ao sugerir que uma dessas questões cognitivas seja a atividade em que o juiz, já desde o início do processo, examine se há título executivo para dele extrair os limites da execução. É bem verdade que nessa operação sequer há juízo de probabilidade, por isso, segundo o jurista, mesmo que a sumarização do conhecimento seja extremada, nem por isso a atividade jurisdicional pode ser alijada de inteligência⁴⁰⁷.

Se observarmos a técnica processual da execução fiscal, identificaremos regras sem correspondência na codificação processual que conduzem a aplicabilidade desse raciocínio. É o caso, por exemplo, dos pedidos incidentais voltados a emendar ou substituir o título executivo, conforme faculta a lei especial ao Poder Público. Para corretamente compreendê-los e analisá-los devemos preliminarmente considerar que, se é da natureza da CDA ser um instrumental para a execução fiscal, é igualmente inafastável que o processo administrativo, na sua função de individualização e controle do crédito cobrado, seja um pressuposto para a formação da CDA. Embora essa dupla vinculação auxilie a delimitar a incidência dessa prerrogativa processual, na medida em que a quantificação e qualificação administrativa em definitivo deverá necessariamente se

lado, se exercitado em contraditório pelo cidadão, mesmo com as suas inerentes limitações, poderá conduzir a uma decisão que atribua uma maior legitimidade democrática à CDA.

⁴⁰⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. atual. São Paulo: CEPERJ, 1999, p. 36.

⁴⁰⁶ DINAMARCO, 2002, p. 181.

⁴⁰⁷ Segundo pensa Medina, só pelo fato de o juiz examinar a existência do título executivo, mensurando os limites da execução já pode ser considerado uma atividade de cognição, cuja sumarização é potencializada em seu nível mais elevado (MEDINA, 2004, p. 224).

refletir na CDA⁴⁰⁸, antevemos sua insuficiência para sustentar que o dispositivo harmonize-se em abstrato com os ditames do devido processo legal.

5.2.1 A estabilização da demanda na execução fiscal

A possibilidade de emenda e substituição do título executivo versada na LEF, pelos moldes delineados pela técnica processual, demonstra um desapego do legislador extravagante com a rigidez do procedimento no processo civil brasileiro que notadamente impõe limites temporais estreitos e severos para a modificação dos elementos objetivos e subjetivos da demanda após o seu respectivo ajuizamento⁴⁰⁹, sendo bem transparente essa tendência na codificação processual⁴¹⁰. As justificativas para tanto denotam que, por uma questão de economia processual, ao prescindir uma nova ação com base em um novo título executivo, seriam minimizadas as possibilidades de prescrição do crédito tributário⁴¹¹.

Levou-se em conta que manter a marcha executiva afiançada por um documento eivado de vícios seria o mesmo que sustentar uma constrição sem título, e que, com isso, seria necessário um mecanismo corretivo que afastasse a necessidade de cancelamento do documento, na medida em que a extinção da execução fiscal poderia significar um prejuízo ao erário. Foi com esse objetivo que a norma extraída do § 8º, do art. 2º, da LEF, deduziu a aptidão de emendas ou mesmo substituições na CDA sem o consentimento do executado, definindo o momento de prolação da decisão de 1ª instância, assim compreendida como sentença em embargos de execução (*vide supra* item ‘4.2.3’), como

⁴⁰⁸ SANTI. Eurico Marcos Diniz de. **Responsabilidade, decadência, limites para a modificação do sujeito passivo da execução Fiscal e a Súmula 392 do STJ**. RFDT. Belo Horizonte: Fórum, n. 44, 2010, p. 170.

⁴⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, v. II, 2005c, p. 67.

⁴¹⁰ CPC/73: “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. [...] Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.”

CPC/2015: “Art. 329. O autor poderá: I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.”

⁴¹¹ FLAKS, 1981, p. 107.

seu limite temporal e permanecendo completamente omissa quanto aos limites materiais dessa renovação da execução.

Por conta desses fundamentos é que preferiu-se uma direção oposta, extremamente flexibilizada, a ponto de registrar uma imprecisão quanto ao que se pode modificar e até quando fazê-lo. Diante da atecnia legislativa, abre-se espaço para situações concretas totalmente desvinculadas da desejada estabilidade da demanda. Enquanto o limite material é inexistente, de acordo com a técnica, a preclusão temporal é duvidosa, porquanto não há como garantir que a execução será embargada, o que, do mesmo modo, pode ensejar o manejo da prerrogativa processual de forma arbitrária e até mesmo abusiva.

O contorno legislativo, da forma como foi construído, não se compatibiliza com as atuais garantias do devido processo legal substancializadas na busca por um “processo justo”. Ainda que se pregue um distanciamento da supervalorização das formas, nada justifica uma degradação absoluta das formalidades em nome da economia processual, tal como se busca no preceito⁴¹². Em verdade, o processo, na acepção moderna, para ser devido, não basta estar pautado pela legalidade. Ele, antes de tudo, deve ser adequado à realização das expectativas protetivas do cidadão⁴¹³.

Mesmo que as aspirações da execução sejam voltadas ao interesse do exequente, essa preocupação não pode aparecer descompensada com as garantias processuais do executado. Na técnica processual, a hipótese de a norma prever que a modificação ou substituição do título importe em devolução do prazo para oposição de embargos nem sempre significará o suprimimento dessa necessidade. Veja-se que, em determinada situação, a Fazenda Pública pode muito bem promover alterações no título executivo logo após a fixação dos pontos controvertidos e das provas que serão produzidas em sede de embargos de execução. Uma retrocessão nessa fase processual muito provavelmente provocará um tumulto processual, demandando frequentemente que o embargante providencie novos elementos de fato e de direito complementares para contrapor o novo conteúdo do título executivo. Da mesma maneira como já destacamos, a flexibilização

⁴¹² CABRAL, 2009, p. 190.

⁴¹³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **O processo justo na Constituição Federal de 1988**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 91, set. 2003, pp. 215-260.

de uma norma através de um ato de disposição da Fazenda Pública não pode ser alcançada a qualquer custo, ainda mais quando corresponda a um prejuízo ao bom exercício da jurisdição, como uma função pública comprometida com o devido processo legal, garantida ao cidadão⁴¹⁴.

Em outro contexto, acaso não oferecida qualquer resistência à constrição, não existem óbices legais para que a Fazenda proceda a qualquer tempo tantas quantas alterações na CDA lhe aprouver, provocando uma situação de instabilidade quanto à exata extensão das medidas expropriatórias. Neste caso, o caminho pode até ser diverso, mas as consequências indesejadas para o devido processo legal são semelhantes. A propensão ao formalismo processual, fundamentalmente compromissado com a economia e com a celeridade que personalizam a técnica processual não pode correr o risco de degenerar o caráter ordenador do processo, deixando ao alvedrio das partes a mudança do pedido ou da causa de pedir a qualquer hora e transformando-o em uma sequência de atos que se prolongam indefinidamente sem um fim predeterminado⁴¹⁵.

Uma vez que estejamos diante de uma disposição legal que já na origem é defeituosa, é por outras direções que a doutrina e a jurisprudência têm laborado no sentido de evitar a utilização da prerrogativa processual de forma abusiva e indiscriminada. A ideia de que o processo administrativo seja o fundamento e forneça os estritos limites da contração instrumentalizada pela CDA é relevante, mas não suficiente para frear mudanças indiscriminadas na CDA.

Isso ocorre porque, segundo a teoria da execução, na sua concepção mais pura, realmente inexistem fundamentos para que se operem tais providências no curso da execução. A certeza, a liquidez e a exigibilidade são requisitos indispensáveis e devem estar sempre presentes no título executivo, posto que a ausência de um deles comprometerá a marcha executiva. Assim, sob o aspecto material, para conceber que tais mudanças se tornassem viáveis, sem ofender a integridade do título, a interpretação que tem prevalecido assenta fundamentos no princípio da conservação ou do aproveitamento dos atos processuais, enunciado por Teresa Wambier ao defender que, na medida do possível, o

⁴¹⁴ DINAMARCO, 2005c, p. 68.

⁴¹⁵ OLIVEIRA, 2009, p. 172.

pronunciamento da nulidade deve estar reservado aos atos cujos vícios não puderem ser de fato saneados⁴¹⁶.

O propósito então foi justamente encontrar uma solução que harmonizasse a rigidez inerente ao princípio que veda a execução sem título com a noção de que, nos moldes atuais do princípio do devido processo legal, a importância da forma do ato, como garantia de segurança ao jurisdicionados, deve ser balanceada com o escopo que o legislador visou atingir mediante o estabelecimento de determinado procedimento⁴¹⁷. Mediante essa visão é que o STJ editou o verbete sumular nº 392⁴¹⁸ cuja redação determina que os defeitos sanáveis, assim considerados aqueles decorrentes de “erros materiais e formais”, eventualmente contidos no título executivo fazendário, dentro dos limites dos requisitos essenciais delineados pelo art. 202 do CTN, poderão ser objeto de emenda ou substituição do documento. A despeito da imprecisão terminológica ao deixar em aberto quais seriam essas irregularidades, há entendimento de que a finalidade almejada é que sejam medidas objetivas despidas de complexidade, que, no entanto, proporcionem ao magistrado o controle do processo por meio do acesso a dados corretos e compreensíveis, da mesma forma que representem claramente ao executado os termos da exigência, afastando eventual alegação de cerceamento de defesa⁴¹⁹.

Naturalmente, se a técnica é defeituosa atribuindo maior responsabilidade à jurisprudência e a doutrina para que defina os detalhes de seus contornos, esta condição não deve ser autorizativa para que, a pretexto de emendar ou substituir a CDA, seja alterado para maior o valor objeto da execução⁴²⁰, bem como do exercício da prerrogativa processual resulte a convalidação de nulidades plenas ocorridas na esfera administrativa, de alguma forma ilegais ou atentatórias ao devido processo legal⁴²¹.

⁴¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades no processo e na sentença**. 6ª ed. Rev. Ampl. Atual. São Paulo: RT, 2007, p. 167.

⁴¹⁷ *Ibidem*, pp. 168-169.

⁴¹⁸ Súmula nº 392. “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.” Rel. Min. Luiz Fux, em 23/9/2009.

⁴¹⁹ FERNANDES, 2002, p. 64.

⁴²⁰ CAIS, 2013, p. 526. O STJ, não obstante, já se manifestou positivamente quanto à exclusão parcial dos débitos contidos na CDA, assentando o entendimento que, nessa hipótese, não se exige a emenda ou substituição do título para o prosseguimento da execução (AgRg no Resp nº 941.809/PE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 04/10/2012).

⁴²¹ THEODORO Jr., 2004, p. 26.

Por outra ótica, ainda que tenhamos a percepção de que, diante da lacuna legislativa herdada da técnica processual, os esforços interpretativos trataram de desenhar minimamente os limites materiais das alterações da CDA, o mesmo não se pode dizer com relação à preclusão temporal vinculada à prática do ato processual. É que nesse aspecto carecem os julgados de qualquer inteligência além da própria literalidade legal, ao passo que na doutrina o máximo que se colhe é proposição de considerar a lavratura do auto de arrematação ou a adjudicação de bens como um possível marco temporal alternativo, caso o processo executivo transcorra sem a oposição de embargos e consequentemente sem qualquer ‘decisão de 1ª instância’⁴²².

Diante de uma dilação tão imprecisa e injustificada, sugerimos *de lege ferenda* a adoção do mesmo procedimento atribuído pelo art. 616 do CPC/73 (Art. 801 do CPC/2015) ao determinar ao definir um breve prazo para que o exequente providencie eventuais correções na petição inicial⁴²³.

5.2.2 Um caso especial: A estabilidade subjetiva na execução fiscal

Conforme já havíamos salientado (*vide supra* item ‘4.2.1’), a técnica processual não apresenta grandes inovações ao prescrever o rol dos possíveis legitimados a figurar no pólo passivo da execução fiscal. Além disso, não identificamos nenhuma nuance que implique em uma relação direta e apta a fomentar a análise do devido processo legal, uma vez que não existam elementos no teor do art. 4º da LEF que determinem uma investigação crítica fundamentada na observância das garantias processuais.

Por outro lado, existem aspectos interpretativos que merecem ser abordados, sobretudo quando nos referimos à responsabilização tributária e seus reflexos sobre a funcionalidade da técnica processual. Para fins da análise, isso não significa que devemos adentrar no regime jurídico de vinculação de terceiros à dívida tributária. Na medida em que questões de direito material não são arguidas no teor da execução, não é por intermédio do exame da técnica do processo que iremos determinar, por exemplo, qual o exato significado ou

⁴²² FERNANDES, 2002, p. 65.

⁴²³ Com a promulgação da Lei nº 13.105/2015, houve um alargamento do prazo para correções de erros na petição, que pelo CPC/73 era de 10 (dez) dias, passando então a ser de 15 (quinze) dias.

extensão da expressão “excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, consignada no inc. III, do art. 135 do CTN, ao discriminar os atos de gestão que resultam na responsabilidade dos administradores da pessoa jurídica.

Interessa-nos, no entanto, compreender duas questões polêmicas e de maior transcendência processual: - Se há necessidade da indicação nominal do responsável na certidão de dívida ativa no momento de ajuizamento da execução?⁴²⁴ - E se a mera identificação desse legitimado passivo é condição necessária e suficiente para a promoção da demanda?⁴²⁵ Pelas respostas, o que buscamos é determinar até que ponto as atribuições da Fazenda Pública, por suas prerrogativas de constituição unilateral e proposição de emendas à CDA, poderão influir na estabilidade subjetiva da execução e na forma com que a técnica concretiza o devido processo legal.

Primeiramente, não podemos assimilar que diante da unilateralidade constitutiva do título decorra uma relação direta e disponível pela Fazenda Pública na identificação do eventual responsável no título fazendário. O fato de a responsabilidade decorrer de previsão legal não quer dizer que prescindamos de uma apuração administrativa⁴²⁶. Entendemos que uma das premissas que atribuem sentido à técnica é a condição de que a CDA seja amparada por processo administrativo prévio, onde seja assegurado ao cidadão a possibilidade de contraditar, antes mesmo da constituição do título, a legalidade da exigência tributária. É partir dessa providência que, em princípio, a autoridade administrativa irá apurar se está presente, além do devedor originário, a figura do responsável para a composição do pólo passivo da relação obrigacional⁴²⁷. Refletindo sobre a matéria, Humberto Theodoro Júnior esclarece:

A co-responsabilidade tributária não pode, em regra, decorrer simples afirmação unilateral da Fazenda na execução fiscal. Reclama, como é curial, apuração pelos meios legais, e só depois do indispensável accertamento do fato que a tiver gerado é que a responsabilidade do estranho poderá ser havida como líquida e certa. Isto, como é óbvio, nunca poderá ser feito depois da penhora, no bojo da execução forçada já em curso, já que a certeza é pressuposto de

⁴²⁴ ASSIS, 2007, p. 403.

⁴²⁵ MARINS, 2012. p. 761.

⁴²⁶ Esse procedimento se sustenta na competência privativa da autoridade administrativa em identificar o sujeito passivo da obrigação tributária (Art. 142, CTN). A auditoria fiscal, nesse aspecto, exerce papel fundamental, porquanto, muitas vezes, somente uma análise fundamentada em uma vasta coleta de provas possa se configurar uma responsabilidade tributária.

⁴²⁷ CASTRO, Paulo. **Execução no código de processo civil**. Doutrina, prática, jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 10.

admissibilidade da própria execução, devendo anteceder-lhe obrigatoriamente⁴²⁸.

Enquanto a concretização da técnica efetivamente se determinar por esses termos, compreendemos que a garantia do devido processo legal administrativo estará plenamente satisfeita sob o aspecto subjetivo. Os atos executivos coordenados com base nessa qualidade pressupõem que todos os devedores e coobrigados, antes mesmo do início da demanda, conheçam em sua integralidade os fundamentos da exação, bem como já tenham sido a eles oportunizados os meios de defesa então disponíveis. Formar o título executivo, por nossa compreensão, é mais de que meramente fazer consignar o nome do responsável tributário como devedor da Fazenda Pública. Assim como todas as informações contidas na CDA, é no processo administrativo devidamente fundamentado que se encontrará a justificativa para a vinculação subjetiva ao crédito executado.

Todavia, passando ao largo dessa expectativa, o que percebemos na prática são interpretações bem diferentes desse raciocínio. Não são poucos os casos em que a Fazenda Pública, afiançada pelo entendimento jurisprudencial, tem conseguido êxito no ajuizamento de execuções fiscais despidas de título executivo. É que, em circunstâncias bastante recorrentes, diante das citações infrutíferas da pessoa jurídica executada, o que deveria significar a extinção do feito é convertido no chamado “redirecionamento da execução fiscal”, pelo qual os sócios da entidade são chamados ao processo para adimplir com seu patrimônio pela dívida fiscal.

Por essa contingência, na medida em que técnica processual não defina minimamente as hipóteses desse fenômeno, há um ambiente propício para que a Fazenda desfrute de uma ampla elasticidade, diante das mais diversas situações, para manejar a norma a seu favor. Exemplo bastante recorrente é o caso de certos atos de gestão praticados com excesso de poder, com infração à lei, a contrato social ou a estatuto social determinados a ensejar a responsabilidade tributária do sócio gerente.

Embora seja característico do processo administrativo ter finalidade voltada à extração dos elementos fáticos que resultam na imputação da responsabilidade, as evidências tem demonstrado que o STJ, por conta da necessidade de definição dos contornos à técnica

⁴²⁸ THEODORO Jr., 2004, p. 39.

processual, tem proposto soluções que, se não são incompatíveis, não geram a plena certeza de que estão harmonizadas com o devido processo legal. É caso, por exemplo, da presunção da dissolução irregular da pessoa jurídica que deixe de funcionar no seu domicílio sem a comunicação aos órgãos competentes, atraindo o enquadramento de uma das hipóteses de responsabilização societária nos moldes previstos do inc. III, do art. 135, do CTN⁴²⁹.

Em outra situação, avançando o entendimento sobre o tema e apresentando seu posicionamento sobre uma questão que reiteradamente já vinha decidindo, a Corte Especial, por meio do REsp. nº 1.104.900/ES⁴³⁰, julgado em 25/03/2009 pelo rito dos recursos repetitivos, deixou assentado que, com base na presunção de certeza e liquidez da CDA, a mera inclusão do sócio da pessoa jurídica no documento por si só transfere a ele a ônus de provar que sua conduta administrativa não foi conduzida por nenhuma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN. Comentando as posições adotadas pela jurisprudência, Marins destaca que

Imputar dívida tributária por responsabilidade do gestor, inscrevendo-lhe em dívida ativa sem qualquer apuração fática-probatória constitui-se em grave conspiração contra o *due process of law*, sobretudo se essa inscrição [...] converte-se em fundamento para que o administrador sofra gravames pessoais, como restrições de acesso ao crédito e exposição à sujeição passiva em execução fiscal na qual sofrerá constrição sobre seus bens pessoais⁴³¹.

A nosso ver, a renúncia às apurações realizadas administrativamente, postergando a atribuição da responsabilidade tributária para apreciação na via judicial, mediante a juntada de parcos ou nenhum elemento de prova acentua de forma ilegítima o caráter unilateral do título executivo. É que o óbice ao prévio conhecimento administrativo da exigência tributária imputada aos sócios, além de frontalmente cercear a defesa dos executados, subverte toda a natureza da técnica processual executiva, na medida em que

⁴²⁹ Súmula nº 435, editada pelo STJ em 22/04/2010.

⁴³⁰ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "*com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*". (REsp. nº 1.104.190. Rel. DENISE ARRUDA. PRIMEIRA SEÇÃO. Dje DATA: 01/04/2009).

⁴³¹ MARINS, 2012, p. 769.

admite situações em que a ação seja ajuizada sem o respectivo título executivo, que, como já anotamos é uma prática que, ainda que fortaleça o interesse público secundário, substancializado pela aquisição de meios que incrementem a arrecadação, ao mesmo tempo destrói os alicerces do Estado de direito⁴³².

Ademais, cabe a ressalva que não se encaixam nessas situações teratológicas aqueles casos em que a responsabilidade é configurada em decorrência de fato superveniente à execução e que obviamente só no momento da cobrança judicial pode ser identificada.

5.2.3 A formação do título executivo pela confissão de dívida tributária

No decurso do tema, procuramos deixar bem aparente a diferença em analisar os contornos abstratos da técnica processual e como, em concreto, o procedimento vem sendo aplicado no cotidiano forense. Conquanto sejam projeções do mesmo eixo, mediante a proposição versada, ambas são de interesse para o exame do devido processo legal. Muitas vezes quando imaginamos que as principais controvérsias se encontram na abstratividade da norma, verificamos que os verdadeiros problemas decorrem da forma degenerada como a técnica processual tem sido empregada. Nesse raciocínio, um dos aspectos pertinentes é que, atualmente, as informações obtidas através das declarações de débito apresentadas ao fisco correspondam a grande parte do montante inscrito em dívida ativa e que eventualmente será executado judicialmente pelo Estado⁴³³.

Em vista disso, assim como adverte Xavier acerca da impossibilidade de as declarações entregues pelos contribuintes servirem de base direta para extração da CDA⁴³⁴, vemos com preocupação o fato de a jurisprudência do STJ ter se sedimentado em sentido

⁴³²Marins, 2012, p. 771.

⁴³³ Segundo informa Aldemário Araújo Castro, ex-Coordenador-geral da Dívida Ativa da União, cerca de 90% dos débitos federais inscritos são oriundos de declarações apresentadas pelos contribuintes. Defende a confissão de dívida como meio de exigência de tributos por entender que haveria base legal para tanto mediante a conjugação do art. 109 do CTN, do art. 5º do Decreto-lei nº 2.124/1984 e do inc. II, do art. 585, do CPC. (Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/dauctncom.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2015).

⁴³⁴ XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 409.

justamente oposto, ao reconhecer a legitimidade da exigência de débito inscrito em dívida ativa sem a mínima participação da Administração Tributária⁴³⁵.

O fato de o tributo ter sido calculado com base nas declarações de débito transmitidas ao fisco, sem o correspondente recolhimento do valor devido, não reveste o ato do particular em qualquer modalidade de lançamento, nem tão pouco faz com que a confissão dívida possa ser considerada uma forma de constituição do crédito tributário⁴³⁶. Pelo contrário, conforme leciona o jurista, entre as informações prestadas e a formação do título executivo, pela inscrição em dívida ativa, se interpõe necessariamente, um ato administrativo, que é o lançamento que, se não se consumou por homologação devido à falta de pagamento, deveria ter sido efetuado por declaração ou de ofício, em estrita observância aos arts. 142 a 150 do CTN, como medida anterior à inscrição em dívida ativa.

Através da perspectiva da técnica processual, a formação do título executivo é condicionada à correspondência de seus dados com aquelas pertinentes ao termo de inscrição em dívida ativa. Este, por sua vez, por sua própria natureza jurídica, pressupõe existência um ato administrativo a ser controlado⁴³⁷. Essa seria a decorrência natural do procedimento pautado pelo devido processo legal onde, dentre outros desdobramentos, a potencial privação dos bens e direitos há que se determinar integralmente pela segurança jurídica dos atos praticados pela Administração.

Todavia, pela aceitação da confissão de dívida tributária como instrumento hábil e idôneo para a exigência tributária, fundado exclusivamente na noção de que ninguém é dado atuar de forma contraditório a sua manifestação primeira ou habitual⁴³⁸, o sistema processual, em prol de um meio de arrecadação mais célere e simplificado, abdica por

⁴³⁵ Súmula nº 436 do STJ: “A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco”

⁴³⁶ Hugo de Brito Machado expressa que o fato confessado, mesmo que verdadeiro e em estrita correspondência com a hipótese de incidência, não produz a consequência de fazer nascer a obrigação tributária. Ainda que quanto ao fato exista certeza, aquele que o confessou em virtude erro, pode revogá-la, desde que ofereça provas em contrário. Opera-se com isso a inversão do ônus da prova em favor da Administração Tributária. (Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 11 mar. 2015).

⁴³⁷ XAVIER, 2002, p. 410.

⁴³⁸ Esta expectativa de coerência na conduta dos cidadãos se deduz do princípio da vedação ao comportamento contraditório (ou princípio da tutela da confiança legítima ou, ainda, *nemo potest venire contra factum proprium*. (SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 85).

completo de qualquer controle realizado pela Administração Tributária, seja por inexistir processo administrativo prévio, seja pela lavratura do termo de inscrição de dívida ativa nada controlar, em total desacordo com o § 3º, art. 2º, da LEF.

Percebemos que os efeitos colaterais dessa conduta em parte dão conta das inúmeras execuções fiscais indevidas. Vejamos, por exemplo, a situação relatada por Lopes:

Imagine-se, v. g., hipótese em que a Fazenda Nacional proponha execução fiscal para cobrança de crédito de Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza (IR), lançado sob a justificativa de ter o contribuinte declarado acréscimo patrimonial tributável em um dado período-base sem ter honrado a prestação tributária consequente. Se, em sede de embargos de execução fiscal, o sujeito passivo alega não ter feito tal declaração, nenhuma prova lhe há de ser exigida, por isso inviável a respectiva produção (fato negativo). À evidência, caberá à exequente apresentar ao julgador o documento comprobatório da declaração aludida, sob pena de desconstituição do título⁴³⁹.

Verificamos que, em situações desta espécie, onde se nega a autoria da confissão, e sendo demonstrado que ela de fato inexistiu, a ausência de qualquer controle administrativo prévio é um fator preponderante para um prejuízo tanto para a exequente como para o executado. Se por um lado o cidadão é obrigado a garantir a execução e arcar com outros custos processuais para que possa se defender, por outro, a Administração Pública, como um todo, é penalizada por demover seus recursos e a ação da máquina judiciária indevidamente. O resultado é o surgimento de execuções fiscais desprovidas de título executivo, comprometendo simultaneamente a efetividade do procedimento e o respeito ao princípio do devido processo legal.

5.2.4 A superação da técnica de cancelamento da CDA pela aproximação ao devido processo legal

O cancelamento do título executivo, a despeito de se configurar como um dos potenciais pedidos do executado na dedução dos embargos do executado, aparece no art. 26 da LEF, amparado por critérios que demonstram claramente que o fruto da criação legislativa endereça-se à Fazenda Pública⁴⁴⁰. Emendar, substituir e agora cancelar o título executivo, nos termos articulados pela LEF, são prerrogativas fazendárias sem paralelos na execução

⁴³⁹ LOPES, 2007, pp. 21-22.

⁴⁴⁰ Discordamos da corrente que acredita que, por sua literalidade, o dispositivo seria aplicável a ambas as partes processuais na execução fiscal (THEODORO Jr., 2004, p. 203).

comum que se alinham na dimensão da autotutela administrativa do Estado de rever seus próprios atos em favor do interesse público.

A intenção da técnica processual é bem evidente: evitar o prosseguimento indevido da execução fiscal, diante da ausência de título executivo hábil para tanto. Por outro lado, se a prolação da sentença em embargos à execução é o termo final para a Fazenda propor emendas e substituições à CDA, a técnica processual adota esse mesmo padrão temporal para que o pedido de cancelamento se suceda sem gerar obrigações processuais à Fazenda. Caso contrário, após a prolação da decisão judicial na ação de conhecimento, passaria a valer a regra geral consubstanciada no art. 39, § 1º da LEF. No que se refere a incerteza quanto à existência dos embargos, compreendemos desnecessários outros comentários, uma vez que sejam aplicáveis as mesmas observações sobre o devido processo legal apresentadas anteriormente sobre a alteração do objeto da execução.

Todavia, a inovação do preceito vem por conta do afastamento de qualquer ônus processual em caso de cancelamento da CDA dentro do parâmetro temporal fixado. Pelas premissas que já assentamos, o processo não pode se transformar em espaço para desigualdades injustificadas. O regime jurídico financeiro para as partes é tratado pela codificação processual da mesma forma que as legislações em geral, condicionando-se pela inteligência de “propiciar a quem tem razão a mesma situação econômica que ele obteria se as obrigações alheias houvessem sido cumpridas voluntariamente ou seus direitos houvessem sido respeitados sem a instauração de processo algum”⁴⁴¹. Se a desigualdade é patente no art. 26, inexistem elementos para afirmar quais foram os fundamentos constitucionais tomados pelo legislador para positivar tal diferenciação (*vide supra* item ‘2.1’).

Percebemos que a previsão legal determinativa de uma condição desproporcionalmente favorável à Fazenda Pública, porquanto possibilite ao ente público o afastamento da obrigação de ressarcir o executado pelos custos dispendidos com o processo, retrata subliminarmente a presença do “processo civil do autor”, tão repudiado pela

⁴⁴¹ DINAMARCO, 2004, 650.

processualística moderna⁴⁴² e que, contudo, permanece ainda preponderante na LEF sob as alegações de que tudo se justificaria pela persecução do interesse público.

Não por menos que, dentre as severas críticas ao art. 26 da LEF, sobressaem posições mais contundentes que, por conta da irrefutável ausência de fundamentos jurídicos para o ajuizamento da ação pelo Estado, qualificam lides com essas características como temerárias, aptas a ensejar o enquadramento da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do § 6º, do art. 37, da CF/88⁴⁴³.

A jurisprudência, a despeito de não ser incisiva a tal ponto, vem evoluindo no sentido de limitar a aplicação do dispositivo. Segundo a determinação da súmula nº 135 do STJ, o cancelamento, sem ônus de sucumbência para Fazenda, pode ser peticionado até o oferecimento de embargos e não até a sentença de embargos com advém de uma interpretação gramatical do art. 26 da LEF⁴⁴⁴. A inteligência desse entendimento reside na constatação de que a Fazenda por colocar-se como ré nos embargos oferecidos, faz com que a desistência na execução fiscal corresponda ao reconhecimento do pedido na ação de conhecimento. Para todos os efeitos, a Fazenda adquiriria a condição de sucumbente e, como tal, seria incabível e até teratológico conceder-lhe uma isenção daquilo que custeou o autor dos embargos⁴⁴⁵.

Mais adiante, em 23/09/2009, a Colegiado Especial emitiu uma nova interpretação sobre o art. 26 da LEF, através da sistemática regulada pelo art. 543-C, mediante o qual restou pacificado que a prerrogativa processual financeira cede lugar à aplicação do § 4º, do art. 20, do CPC/73. Pelo entendimento esposado, não haveria justificativas para que em sede de execução fiscal não houvesse a aplicação do princípio da causalidade, sustentada pela imputação pelo pagamento dos honorários advocatícios a cargo da parte que deu causa a demanda indevida⁴⁴⁶.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 290.

⁴⁴³ CAIS, 2013, p. 528.

⁴⁴⁴ Súmula nº 135 do STJ de 14/03/1996: “A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência”.

⁴⁴⁵ Conforme a doutrina de Humberto Theodoro Júnior, “o que pode a Fazenda é desistir da execução sem ter que pagar as custas do processo. Mas se houver embargos, esta ação é do devedor e dela não poderá desistir a credora” pelo mesmo regime. (THEODORO Jr., 2004, p. 202-203).

⁴⁴⁶ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. CANCELAMENTO DO DÉBITO PELA EXEQÜENTE. ERRO DO CONTRIBUINTE NO PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS - DCTF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Apreendemos que, mesmo com a ainda vigente redação defeituosa do dispositivo, por obra da construção interpretativa em uma análise centrada no devido processo legal, passou a inexistir a isenção de ônus processuais na execução fiscal indevidas⁴⁴⁷, tendo em conta que se configurou a superação da técnica processual, diante da premência pelo atendimento ao princípio da igualdade processual.

5.3 ATOS INSTRUMENTAIS E EXECUTIVOS

A perspectiva dos atos praticados no processo pela virtude do devido processo legal não tem a pretensão de afastar a eventual desigualdade produzida pela técnica processual. Já observamos que essa característica está relacionada ao traçado eleito pelo legislador na busca da adaptação do processo ao direito que, entretanto, não pode se degenerar na consolidação de arbitrariedades que se afastem dos fundamentos constitucionais. Assim, não obstante a desigualdade esteja no escopo da jurisdição executiva ao entregar exclusivamente ao credor a possibilidade de provocar os atos de execução, considerando que haja legitimidade e interesse de agir para tanto, esta disparidade não afasta a estrutura dialógica do processo. Conquanto esteja em menor escala, toda técnica executiva parte do pressuposto de que, se são alterados os poderes conferidos ao juiz da execução, da mesma forma deverá haver outros meios e objetivos para sustentar a participação no processo, afastando qualquer propensão de considerar o devedor como um mero colaborador do juiz. Se não fosse por essa constatação, até poderíamos dizer que não existe contraditório na execução, entretanto nessa espécie de tutela, o grande diferencial é precisamente a garantia do acompanhamento da dinâmica em que se desenvolve os atos

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA VERIFICAÇÃO DA DATA DE APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO RETIFICADORA, SE HOUVER, EM COTEJO COM A DATA DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. 3. É jurisprudência pacífica no STJ aquela que, em casos de extinção de execução fiscal em virtude de cancelamento de débito pela exequente, define a necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios. (REsp nº 1.111.002/SP, Recurso especial. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª seção, julgado em 30-04-2009, Dje 17-09-2009).

Precedentes citados: AgRg no REsp Nº 969.358 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.11.2008; EDcl no AgRg no AG Nº 1.112.581 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.7.2009; REsp Nº 991.458 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.4.2009; REsp Nº 626.084 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007; AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; AgRg no REsp 635.971/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.11.2004.

⁴⁴⁷ FERNANDES, 2002, p. 376.

praticados em juízo e a potencial reação das partes⁴⁴⁸. É sobretudo por este olhar que devemos examinar os contornos da petição inicial, da citação, da avaliação e da substituição da penhora, da arrematação e da comunicação dos atos processuais projetados pela técnica processual da execução fiscal extraída da LEF.

5.3.1 *Petição inicial*

A inicial da execução fiscal guarda certas virtudes que não podem ser desprezadas. Conquanto à primeira vista a dispensa de uma série de requisitos do procedimento comum possa transparecer com mais uma das prerrogativas concedidas ao Poder Público, na realidade, através de uma apreciação objetiva, a exclusiva instrução da execução com a CDA, municiada pelos requisitos do § 5^a, art. 2º, da LEF, acrescendo até a possibilidade da confecção eletrônica do título, demonstra um acerto da técnica processual pelo mérito de reunir em um único documento todos aqueles elementos necessários para que se bem apreenda a pretensão deduzida em juízo. O atendimento ao princípio da economia processual em nada prejudica a defesa do executado que através de uma breve leitura tem todas as condições de reconhecer a origem do débito, adequadamente registrado no corpo da cártula. Por isso que, pelo instrumento destinado ao ajuizamento da ação executiva, compreendemos que permaneça um perfeito equilíbrio em proporcionar celeridade e eficiência à cobrança de dívida ativa e o respeito ao devido processo legal sob a ótica do direito de defesa do executado⁴⁴⁹.

5.3.2 *A citação*

Dentro do sistema de comunicação processual, destinado a oferecer às partes o conhecimento de todas as atividades do processo, a citação pode ser considerada o mais importante destes atos, considerando que seja a partir dela que o demandado fique ciente da controvérsia em todos os seus termos, tornando-se parte a partir de então⁴⁵⁰ e, como tal, tenha a possibilidade de exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

⁴⁴⁸ TARZIA, 1982.

⁴⁴⁹ MARINS, 2012, pp. 785-786.

⁴⁵⁰ DINAMARCO, 2001, p. 127.

Ao mesmo tempo, é seguramente o mais polêmico dos pressupostos processuais de existência, não sendo por menos que tem despertado maior interesse da doutrina e da jurisprudência⁴⁵¹. Sua qualidade de formar a relação processual exige que esteja revestido da maior segurança possível, amparado em condições que possa-lhe assegurar sua dignidade⁴⁵². Um exame das drásticas consequências da revelia para o réu demonstra o quanto importante é a possibilidade de participação no processo.

Embora possamos conceber que este requisito seja fundamental e comum a todos os processos judiciais, sua finalidade irá variar de acordo com a missão desempenhada pela atividade jurisdicional. A citação que no módulo cognitivo cumpre seu papel de revelar a intenção de transformar o fato em direito, na execução, direcionada a fazer com que o direito se converta em fato, o ato de chamamento ao processo, além de sua finalidade imediata, carrega um *plus* no sentido de que seja dado ao devedor mais uma chance de adimplir a dívida e eventualmente contestá-la pela via dos embargos à execução⁴⁵³.

Conforme já destacamos, a técnica processual da LEF, nesse aspecto, se aproxima da regra geral do CPC ao privilegiar a citação pela modalidade postal, ao invés da entrega em mão própria. Segue-se uma tendência de associar a efetividade à simplificação do processo, evitando que situações desaceleradoras possam resultar na demora da oferta da tutela, comprometendo a qualidade do produto final. Por isso que, diante da renúncia dos dogmas instalados nos sistemas tradicionais, ainda permanece vigente a prioridade das citações e intimações pela via postal, em substituição do formalismo do cumprimento de mandados mediante a atuação dos oficiais de justiça⁴⁵⁴.

Pelo contexto da codificação processual, a modificação introduzida no CPC/73 por meio da Lei nº 8.710/93 ao mesmo tempo que ampliou significativamente as hipóteses de citação por correspondência extrajudicial⁴⁵⁵, trouxe exceções absolutamente pertinentes relacionadas àqueles casos em que, pela via do oficial de justiça, seja traduzida uma maior

⁴⁵¹ SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, v. I, p. 404.

⁴⁵² FORNACIARI Jr., Clito. **Citação pelo correio**. *Ajuris* 6, Porto Alegre, s/e, 1976, p. 25.

⁴⁵³ ASSIS, 2007, pp. 88-90.

⁴⁵⁴ DINAMARCO, 2001, p. 311.

⁴⁵⁵ Segundo o texto original do CPC/73, somente era possível a citação por essa forma se o réu fosse comerciante ou industrial domiciliado no Brasil.

segurança a citação, principalmente quando haja a necessidade de explicar ao citando as consequências do ato⁴⁵⁶. Destacamos que a técnica processual executiva ditada pela codificação processual se alinha pelo afastamento da prescrição geral, sob a justificativa de que a invasividade os atos de soberania estatal inerentes à fisiologia do rito reclamariam a citação em mão própria⁴⁵⁷.

Entretanto, mesmo com a inovação da regra geral, pelo menos em tese, mantiveram-se preservadas as conclusões de Carnelutti de que o gênero notificação, entendido como evento apto a levar o conhecimento de algo por parte de alguém, modificando seu mundo psíquico, deve ter sua idoneidade assegurada pela medida de que efetivamente foi levada ao destinatário⁴⁵⁸. É que pela redação do § único, do art. 223 do CPC/73, replicada pelo § 1º, do art. 248 do novo CPC, o funcionário do correio deverá exigir que do aviso de recebimento conste a assinatura do destinatário, garantindo que, de fato, seja ele pessoalmente cientificado da ação.

Devido à vantagem da técnica postal de citação no aspecto da agilização do processo, colocou-se em segundo plano o fato de que somente o oficial de justiça, por suas atribuições fundamentadas na codificação e nas leis de organização judiciária, teria a prerrogativa da fé pública para, por exemplo, atestar a casual recusa do recebimento da comunicação documental. O carteiro, por não ser um auxiliar da justiça, teria maior dificuldade de ter acesso ao diretor ou ao gerente de uma grande empresa, diferentemente da posição do oficial de justiça com poderes inclusive para adentrar em um recinto, caso se fizesse necessário para o cumprimento do mandado de citação⁴⁵⁹.

Na ambiência da execução fiscal, surgiu como questão a ser interpretada a disposição da 1ª parte, do inc. II, do art. 8º, da LEF, no ponto em que se considera efetivada a citação postal simplesmente pela entrega do comunicado “no endereço do executado”. Mesmo que não seja a única diferença em relação ao regime de comunicação dos atos do CPC⁴⁶⁰,

⁴⁵⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 21ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 33.

⁴⁵⁷ FUX, Luiz. **O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127.

⁴⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. III, p. 314.

⁴⁵⁹ FORNACIARI Jr., 1976. p. 25.

⁴⁶⁰ Se o novo CPC, seguindo CPC/73, identifica o termo inicial do prazo ordinário como a “data de juntada” do AR aos autos, a LEF discrimina como tal a “data da entrega” da carta ao devedor.

foi por essa peculiaridade que se levantaram incertezas acerca da pessoalidade da citação, porquanto a própria LEF permitiria a aplicação subsidiária das disposições do CPC⁴⁶¹.

Mercê da falta de precisão da técnica, a polêmica se disseminou na doutrina, havendo aqueles juristas que compreendiam que os efeitos de uma aplicação direta da norma seriam tão grandes e profundos que não se poderia ficar amarrado a sua exegese literal⁴⁶² e outros que justificavam a citação postal sem o requisito da pessoalidade devido ao prévio vínculo que havia se formado entre a Administração Pública e o contribuinte, de modo que estaria garantido, com grande margem de segurança, o efetivo recebimento da correspondência e o conhecimento da ação, máxime porque a suposta “condição econômica” de quem está sendo executado seria o permissivo para o abrandamento da solenidade de citação operacionalizada pelo oficial de justiça⁴⁶³.

Na esfera jurisprudencial, a orientação até então pacificada no STJ é no sentido de que haja a dispensa da pessoalidade como requisito de validade da citação postal na execução fiscal⁴⁶⁴⁴⁶⁵. Muitas vezes o raciocínio que se tem empreendido conduz que a objetividade de simplificar e acelerar, tornando o procedimento menos custoso, teria o condão de criar uma suposta “presunção *juris tantum*” de que, do modo como vem sendo aplicada, a citação atingiria sua finalidade, fazendo com isso que o ônus de demonstrar a possível invalidade do ato processual fosse transferido ao executado⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ ASSIS, 2007, p. 1022.

⁴⁶² *Ibidem*. No mesmo sentido: PACHECO, 1997, pp. 118-119, COSTA E SILVA, Antonio Carlos. **Teoria e prática do processo executivo fiscal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1981, p. 230. Em sentido diverso: LIMA, 1984, p. 87. THEODORO Jr., 2004, pp. 78-79.

⁴⁶³ GRECO FILHO, 2009, p. 34.

⁴⁶⁴ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POSTAL. ENTREGA NO ENDEREÇO DO CONTRIBUINTE. VALIDADE. 1. Trata-se os autos de embargos à execução fiscal opostos por particular no intuito de anular a citação realizada por AR, haja vista que este foi entregue a pessoa completamente estranha da parte executada, bem como o reconhecimento da prescrição para a cobrança do crédito tributário. 2. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, na execução fiscal, a citação é realizada pelo correio, com aviso de recepção (AR), sendo dispensada a pessoalidade da citação, inclusive, a assinatura do aviso de recebimento pelo próprio executado, bastando que reste inequívoca a entrega no seu endereço. 3. Sendo válida a citação realizada no presente caso, não há que se falar em prescrição como sustentado pela recorrente. 4. Recurso especial não provido. RESP nº 1168621/RS. Rel. MAURO CAMPBELL MARQUES. SEGUNDA TURMA. DJE DATA:26/04/2012.

⁴⁶⁵ Já há bastante tempo, Negrão já apontava que “esta jurisprudência é perigosa, embora decorra de interpretação literal de lei. Mais prudente será seguir o disposto no CPC 223.” (NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 920.)

⁴⁶⁶ Citação de pessoa jurídica pelo correio. Art. 223, parágrafo único, do CPC. Entrega no endereço certo da pessoa jurídica. Presunção do recebimento. Ônus da prova do não recebimento ou do recebimento tardio. O objetivo da citação pelo correio, com AR, é simplificar, acelerar e baratear o procedimento. Exigir-se a prova de que quem recebeu a carta é representante legal da sociedade, ou pessoa por ele credenciada, levaria

Neste ponto cabem algumas objeções à técnica citatória da execução fiscal. Primeiramente não podemos admitir que a pretexto de garantir sua constitucionalidade, tenha-se criado, por obra da interpretação jurisprudencial, mais uma presunção de veracidade além da daquela que a própria lei atribui ao conteúdo do título executivo. Pensar de forma contrária seria imaginar que a técnica processual, a despeito de seu caráter inerentemente não isonômico, ainda fosse amparada em presunções em favor do Estado que acabariam por acentuar a insegurança jurídica⁴⁶⁷.

O que realmente ocorre é que a incerteza criada pelo método, quanto ao cumprimento da finalidade da citação em informar o devedor a demanda contra ele proposta, demonstra que o meio adotado para tal é insuficiente para atestar que o objetivo almejado foi realmente alcançado. É aquilo que Bobbio identifica inicialmente como antinomia teleológica no qual, aparentemente, existiria

uma oposição entre a norma que prescreve o meio para alcançar o fim e a que prescreve o fim. De modo que, se aplico a norma que prevê o meio, não estar em condições de alcançar o fim e vice-versa. Aqui a oposição nasce, na maioria das vezes, da insuficiência do meio: mas, então, trata-se, mais que de antinomia, de lacuna⁴⁶⁸.

A reflexão já nos revela que o que no teor da norma existe é uma lacuna legislativa que reclama integração e não uma antinomia propriamente dita. O meio escolhido pela técnica para consumar a citação é deficiente, porquanto não se constitua uma garantia idônea de que tenha sido formada a relação processual válida, onde o devedor, além de pagar a dívida, possa alternativamente exercer seu direito de preferência de nomeação de bens à penhora, oferecer outras garantias e mesmo apresentar as defesas que entender pertinentes⁴⁶⁹.

à inviabilização da citação de pessoa jurídica pelo correio. É que, normalmente, os representantes legais das pessoas jurídicas não recebem os carteiros nem assinam AR's. O adequado, portanto, é a presunção juris tantum do recebimento da citação pelo correio, quando entregue no endereço certo da pessoa jurídica, cabendo a esta a prova de que não recebeu a citação, ou de que a recebeu tardiamente. (TJDF – 1ª Turma Cível - Apelação Cível 32.537/94-DF (Acórdão reg. 71.903) - Rel. Des. Mário Machado - j. em 20.06.1994, deram provimento - DJU 24.8.94, p. 9.950)

⁴⁶⁷ FARIA, Luis Carlos da Silva. **Citação pela via postal nas execuções fiscais e o devido processo legal**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 140.

⁴⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996, p. 91.

⁴⁶⁹ LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. **Nova Lei de Execução Fiscal**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1982, p. 46.

A LEF fornece-nos um típico exemplo de que, frequentemente, a lei prescreve uma determinada finalidade, contudo não proporciona os meios adequados para sua concretude. Se considerarmos que qualquer pessoa no domicílio do devedor possa receber a correspondência, não existe segurança de que, de fato, esta será repassada ao verdadeiro endereçado da cobrança, importando em situações prejudiciais a sua efetiva participação na execução fiscal. Na técnica processual examinada onde ainda permanece o direito de preferência para o devedor na nomeação de bens à penhora em nome do princípio da menor onerosidade patrimonial, corre-se um sério risco de que a informação extemporânea se transforme injustamente na causa determinante de um dano irreversível ao executado.

Contudo, há quem entenda que a ineficácia da citação do rito expropriatório especial em nada prejudicaria o exercício da ampla defesa. Argumenta-se para tanto que o importante para a técnica para fins de contagem de prazo para oposição de embargos é a data da intimação da penhora e que ausência de assinatura do executado no recibo de citação seria remediada pela incidência do § 3º, do art. 12 da LEF, uma vez que nessa situação passa a ser uma exigência a pessoalidade do ato de comunicação da penhora⁴⁷⁰.

A solução é válida, porém não contempla todas as circunstâncias que porventura poderão colocar em prova a garantia de ampla defesa do devedor. É que por esse mesmo dispositivo não podemos crer que no cotidiano do Poder Judiciário apresentem-se condições comprovar a autenticidade da assinatura do executado como sendo aquele que, verdadeiramente, assinou o aviso de recebimento da citação. Como agravante, conforme já destacamos, a técnica processual conjuga a formação do título executivo sem a participação do executado, não constando nos autos, em princípio, qualquer documento complementar para a conferência de quem efetivamente recebeu o expediente judicial.

Devemos ter em conta que a possível consideração equivocada da citação “pessoal” do executado, mediante a aceitação de uma assinatura que não é a sua, afastará qualquer possibilidade da intimação pessoal da penhora. Mais que isso, transcorrido *in albis* o prazo para pagamento ou oferecimento de garantias, o oficial de justiça procederá o ato

⁴⁷⁰ LOPES, 2007, p. 51.

preparatório da constrição, independentemente da sua presença, para que, em seguida, a sua intimação seja consumada mediante publicação em órgão oficial⁴⁷¹.

Veja-se que, por esta atecnia do sistema processual, há a possibilidade de que uma série de atos processuais direcionados à preparação da expropriação sejam praticados sem a menor participação de quem irá sofrer os efeitos patrimoniais da execução fiscal. Embora os atos instrutórios empregados pela técnica executiva detenham uma finalidade diferente daqueles que compõem a jurisdição cognitiva, não é por isso que a incidência do contraditório seja um aspecto que deva ser desconsiderado pelas providências voltadas a conferir proporcionalidade às medidas expropriatórias⁴⁷².

Além disso, como anteriormente advertimos, no caso dos procedimentos executivos, pela perspectiva de quem está sendo executado, é papel da técnica, tanto quanto do magistrado, evitar que a falta de informação quanto aos atos processuais degenere em um desequilíbrio configurado pela prevalência dos interesses do credor em detrimento do respeito a menor onerosidade patrimonial, porquanto seja esta equalização um dos fatores que se medirá o devido processo legal na execução (*vide supra* item ‘3.5.1’).

Uma análise por outra ótica advém da constatação de que a intimação da penhora demarca o termo inicial de contagem do prazo de trinta dias para oposição dos embargos à execução fiscal⁴⁷³. Segundo a situação que acabamos de explorar, perfazendo o ato instrutório à revelia, diante da citação viciada, pode muito bem ocorrer que o executado venha a ter conhecimento da vinculação patrimonial à execução após o esgotamento do prazo para a protocolização da defesa em forma de ação de conhecimento.

Nessa nova perspectiva, a problemática do contraditório que a princípio limitava-se ao processo de execução, ganha outra dimensão. É que assim sendo, estaria comprometido o próprio direito de ação consubstanciado pela impossibilidade de executado ser obstado da oposição dos embargos à execução.

⁴⁷¹ Pacheco ainda compreende como determinante à falta de efetividade da técnica o fato de que o executado não ler “o Diário da Justiça, que por sua especificidade, destina-se aos advogados, e que, geralmente, só é procurado após a intimação da penhora.” (PACHECO, 1997, p. 175.)

⁴⁷² DINAMARCO, 2002, p. 177.

⁴⁷³ De acordo com a regra do art. 16 da LEF, a intimação da penhora é apenas um dos marcos de contagem do prazo para oferecimento dos embargos, admitindo outros meios possam ter sido eleitos para garantir a dívida.

O regime citatório da forma como se encontra construído pela técnica processual fere duplamente o princípio do devido processo legal: se por um lado pode vir a impedir que o executado participe do *iter* executivo, prejudicando seu direito de influenciar na menor onerosidade de seu patrimônio; por outro, o desconhecimento da penhora, ou mesmo o conhecimento a destempo, poderá se converter da inobservância do trintídio legal a que se dispõe para oferecer razões que desconstituam, ainda que parcialmente, a presunção de legitimidade da CDA.

De certo que se formos levados por uma ótica estritamente pragmática iremos constatar que um dos grandes problemas da efetividade da execução fiscal no Brasil é a concretização da citação. Nem mesmo com uma técnica defeituosa totalmente voltada ao favorecimento de quem executa é possível afirmar que a grande maioria dos processos ultrapasse a fase citatória. Dados coletados em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA em 2013, acerca da gestão e jurisdição da execução fiscal da União, dão conta que em 36,9% dos processos pesquisados não houve sequer citação. Mais que isso, o chamamento ao processo que dura em média 3,6 anos tem na modalidade por oficial de justiça uma prevalência sobre a citação postal. Segundo Esteves, isso parece demonstrar que

[...] ou a Fazenda pública vem requerendo, para poupar tempo, a citação diretamente por oficial de justiça em vez da citação por correio (que é prevista como regra no inciso I do Art. 8º da LEF) ou a citação por correio não tem sido eficaz e tem sido seguida da citação por oficial (prevista como uma das alternativas no inc. III do Art. 8º da LEF)⁴⁷⁴.

Assim sendo, no tocante à citação postal despida de pessoalidade, a conclusão é que chegamos é que se a grande preocupação da execução fiscal é com a sua efetividade, além de afrontar ao devido processo legal, as estatísticas demonstram que a técnica eleita pelo legislador é de certa forma ineficaz para os fins de aceleração processual.

Mesmo que a intenção do texto não seja discutir a efetividade da técnica processual, compreendemos, no entanto, que diante da manutenção da literalidade da técnica extraída no inc. II, do art. 8º, da LEF, a constitucionalidade do preceito exige ao menos a

⁴⁷⁴ ESTEVES, Carolina Bonadiman. **Mecanismos de citação do executado**. In: CUNHA Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Silva (org.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: Ipea, 2013, p. 200.

compreensão de que a completude do ordenamento jurídico⁴⁷⁵ deva estar coordenada pela integração da lacuna legislativa à disposição do § único, do art. 223, do CPC/73 (§ 1º, art. 248, CPC/2015), admitindo como condição para a efetiva citação postal que o aviso de recebimento seja assinado pelo executado ou seu representante legal.

5.3.3 A avaliação e a substituição da penhora

A avaliação tanto quanto a eventual substituição dos bens penhorados são atos preparatórios da expropriação que apresentam em comum a finalidade de acomodar dentro do possível a excussão patrimonial de acordo com os parâmetros que garantam a menor onerosidade patrimonial do devedor. Avalia-se não apenas para se conhecer o valor dos bens penhorados, mas também para se precisar se o valor dos bens arrecadados será suficiente ou excede o montante devido.

A penhora, por suas características, uma vez realizada, é, em regra, imodificável. Entretanto, a pretexto de atender um casual interesse das partes é possível que o juiz defira modificações dos bens vinculados à execução, desde que favoreçam e ao menos não prejudiquem o seu andamento, não comprometendo o resultado esperado com o processo. Além disso, o que podemos perceber é que existe um estreito relacionamento entre a avaliação e a sua modificação. A aferição do valor de mercado dos bens penhorados serve de termômetro para demonstrar excessos e insuficiências, de modo que o juiz tenha fundamentos para decretar a ampliação ou a redução da penhora a pedido das partes⁴⁷⁶.

Por óbvio que as decisões tomadas pelo juiz sobre as questões relacionadas à penhora são atos de inteligência e como tais não prescindem da participação das partes. Embora a demonstração do prejuízo não seja uma condição para submeter as alegações ao magistrado (*vide supra* item '3.4.4'), o que está por trás de uma maneira geral nas execuções é justamente a diligência para que seja entregue exatamente o que é devido. Por isso é que interessa a ambas as partes o resultado da avaliação e uma possível modificação dos bens arrecadados. O excesso na penhora conspira contra a menor

⁴⁷⁵ "A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar." (BOBBIO, 1996, p. 118.)

⁴⁷⁶ LIEBMAN, 1980, p. 140.

onerosidade patrimonial, enquanto que uma insuficiência comprometerá a efetividade da execução.

Estabelecidas essas premissas, no panorama da execução fiscal, a despeito dessa relação muito próxima entre os atos que, de alguma forma, afetam a penhora, a avaliação, a substituição e o reforço da garantia patrimonial têm tratamento diverso quando se examinam os respectivos dispositivos legais à luz do devido processo legal. A regra que regulamenta a contestação da avaliação realizada pelo oficial de justiça é igualitária ao prescrever que tanto exequente como o executado podem, até a publicação da realização do leilão, impugnar a estimativa judicial, determinando que, caso isso ocorra, antes da decisão do juiz deferindo ou não nova avaliação, deverá ser ouvida a parte contrária. A técnica empregada, a nosso ver, além de promover a igualdade das partes no processo, respaldado pelo respeito ao contraditório, não merece retoques quanto ao prazo preclusivo para impugnação da aferição judicial.

Por outro lado, uma análise do regramento que prescreve a substituição da penhora exprime uma técnica desenhada por outros padrões, bastante afastada das garantias esperadas para um processo justo. As mais recorrentes considerações doutrinárias demonstram que a principal crítica esteja direcionada com a necessidade de fundamentação idônea do pedido da Fazenda na substituição da penhora e que, por isso, não poderia valer-se de motivos relacionados à conveniência e à oportunidade⁴⁷⁷. Conquanto a literalidade do inc. II, do art. 15, da LEF não mencione tal requisito, todas as alterações requeridas devem ser motivadas mediante bases objetivas que demonstrem a discrepância entre o valor do crédito e a avaliação até então prevalente⁴⁷⁸. Muito frequente são os casos em que o bem não despertar interesse comercial, exigindo inúmeros leilões e a procrastinação inútil da execução⁴⁷⁹.

Traçando um paralelo com a codificação processual, o que se verifica é tanto o CPC/73, em seu art. 656, como o novo diploma, pela disposição do art. 848, avalizam a exigência de fundamentação como substrato de apreciação judicial do deferimento ou não da

⁴⁷⁷ FLAKS, 1981, pp. 218-219. No mesmo sentido: THEODORO Jr., 2004, p. 117; PACHECO, 1997, p. 190;

⁴⁷⁸ ARAKEN, 2007, p. 1042.

⁴⁷⁹ FERNANDES, 2002, 269.

medida. Embora por um defeito da técnica transpareça a ideia de que o juiz não possa indeferir a postulação do credor, a cognição deve estar presente pelo fato de que, em prol da maior eficiência do processo, caberá uma ponderação sobre as decorrências da alteração, sempre buscando um equilíbrio entre o aprimoramento da liquidez dos bens constrictos e a manutenção da menor onerosidade patrimonial⁴⁸⁰.

Observando outra distorção, causa estranheza a questão referente à flagrante desigualdade entre os poderes concedidos às partes para eventualmente propor alterações e, como consequência, participar das discussões que possam causar efeitos sobre a penhora. Enquanto pela perspectiva do devedor é tão somente permitida a substituição dos bens penhorados pela fiança bancária ou por depósito, o credor fazendário goza de ampla liberalidade para peticionar a alteração dos bens inventariados⁴⁸¹. Embora ainda identifiquemos no preceito normativo uma faculdade reduzida concedida ao devedor, o objetivo, na verdade, é melhorar a liquidez da penhora, o que, naturalmente acaba se convertendo em um benefício para a Fazenda Pública⁴⁸².

Conforme já fundamentamos, os pressupostos da fórmula do devido processo legal na execução devem ser constantemente exercitados pelas partes como garantia à satisfação do crédito pelos moldes de uma tutela jurisdicional justa. Esse é o principal critério para que possamos constatar que, da mesma forma como é incoerente o entendimento de que o juiz seja um mero chancelador dos requerimentos fazendários, a técnica processual modelada para a substituição da penhora na execução fiscal é frágil ao não afiançar a possibilidade de o devedor postular modificações na penhora, senão aquelas voltadas a proporcionar maior liquidez ao crédito, ou mesmo impedir que venha a influenciar na decisão do juiz, diante de um eventual pedido de substituição ou reforço proveniente da Fazenda⁴⁸³.

Compreendemos que a denegação dessas garantias ao devedor corresponde ao abandono do princípio da menor onerosidade patrimonial. Pelo interesse da boa jurisdição, mesmo em virtude de uma técnica processual imperfeita, o magistrado não pode deixar de

⁴⁸⁰ THEODORO Jr., 2004, p. 119.

⁴⁸¹ ARAKEN, 2007, p. 1041.

⁴⁸² THEODORO Jr., 2004, p. 117.

⁴⁸³ LOPES, 2007, p. 100.

apreciar, por exemplo, pedidos de redução de penhora ou de transferência da constrição para outros bens igualmente adequados à satisfação do crédito postulados pelo executado⁴⁸⁴. Notável, nessa qualidade, que a jurisprudência não venha se mantendo totalmente apegada a literalidade do art. 15 da LEF, admitindo, em certas situações, desde que haja concordância da Fazenda Pública, que o executado possa pedir a substituição da penhora por outros bens, além da pecúnia e da fiança bancária⁴⁸⁵.

De igual relevância, o executado não pode ter frustrada a sua expectativa de contraditar os argumentos da Fazenda, diante de um pedido de alteração na penhora com o qual não concorde. Ainda que a técnica processual afaste essa prerrogativa de manifestação e que o prescritivo do art. 657 do CPC/73 não tenha sido reproduzido pelo CPC/2015⁴⁸⁶, é nova codificação que garante por meio do art. 10 que toda decisão judicial, em qualquer grau de jurisdição, seja submetida ao crivo do contraditório.

5.3.4 A arrematação

Nas poucas especificidades trazidas pela técnica referentes ao ato executivo mediante o qual, sem o consentimento do executado, os bens penhorados são transferidos a título oneroso a terceira pessoa⁴⁸⁷, persiste questão alusiva ao devido processo legal que deve ser pormenorizada. É que, diante de mais uma das omissões do texto legislativo, a técnica processual, ao dispor expressamente que a Fazenda deverá ser previamente notificada da

⁴⁸⁴ ASSIS, 2007, p. 1041.

⁴⁸⁵ PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. BEM IMÓVEL. ANUÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. A substituição da penhora é direito do devedor, que poderá obtê-la em qualquer fase do processo e independentemente da anuência do credor, nos casos previstos no art. 15, inciso I, da Lei n. 6.830/80. Fora desses casos, o direito à substituição permanece, porém condicionado à concordância da Fazenda Pública, como é o caso dos autos. 2. Hipótese em que requerida pelo devedor a substituição da penhora por bem imóvel, apesar da anuência da Fazenda Pública, o Tribunal de origem entendeu por bem manter o decreto de indeferimento. 3. A execução realiza-se no interesse do credor (Art. 612 do CPC), que inclusive poderá, querendo, dela desistir (Art. 569 do CPC). Dessa forma, tendo o credor anuído com a substituição da penhora, mesmo que por um bem que guarde menor liquidez, não poderá o juiz, ex officio, indeferi-la. Ademais, nos termos do art. 620 do CPC, a execução deverá ser feita pelo modo menos gravoso para o executado. 4. Aplicação do princípio da demanda (Art. 2º do CPC). Recurso especial provido. (REsp. nº 1377626. Rel. HUMBERTO MARTINS. SEGUNDA TURMA. Dje DATA: 28/06/2013).

⁴⁸⁶ CPC/73: “Art. 657. Ouvida em 3 (três) dias a parte contrária, se os bens inicialmente penhorados (Art. 652) forem substituídos por outros, lavrar-se-á o respectivo termo.”

CPC/2015: “Art. 849. Sempre que ocorrer a substituição dos bens inicialmente penhorados, será lavrado novo termo.”

⁴⁸⁷ LIEBMAN, 1980, pp. 142-149.

realização do leilão, não deduz que qualquer providência equivalente deva ser tomada com relação ao executado.

Esse é um ponto que há muito a doutrina já vinha se manifestando no sentido de acentuar a omissão não significaria que o executado não seria informado da solenidade de alienação judicial⁴⁸⁸. A prévia notificação de ambas as partes, além de ser extremamente relevante para que sejam adotadas diversas medidas relativas à realização do leilão, tal como se sucederá em uma eventual arrematação englobada, fornece a oportunidade para que as partes sejam ouvidas e possam alegar questões que entenderem pertinentes sobre o assunto⁴⁸⁹.

Considerando que a deficiência técnica tenha gerado incertezas entre os aplicadores do direito e diante da contundente quebra de isonomia entre as partes, que também afeta a possibilidade de participação e influência sobre o desenvolvimento do ato de desapropriação, a jurisprudência do STJ, que já vinha reconhecendo essa anomalia, expediu a súmula nº 121, consignando a necessidade da notificação pessoal do devedor do dia e da hora de realização do leilão, nos mesmos moldes do § 3º, do art. 687 do CPC/1973.

Sobre esse aspecto, Lopes compreende que, com as modificações introduzidas neste dispositivo destinadas a direcionar a intimação do leilão ao advogado do devedor e que atualmente foram ratificadas pelo inc. I, do art. 889 do CPC/2015, o verbete jurisprudencial teria ficado desconexo com as novas disposições legais, motivo pelo qual seria oportuno ou a sua modificação, ou a própria alteração do texto da LEF⁴⁹⁰.

5.3.5 A comunicação dos atos processuais

Anotamos como bastante peculiar na técnica processual a insistência em aproximar ao máximo a Fazenda Pública do desenvolvimento do rito expropriatório, na mesma medida em que mantenha o executado relativamente alheio dos atos tendentes a expropriar seu

⁴⁸⁸ PACHECO, 1997, p. 218.

⁴⁸⁹ LIMA, 1984, p. 146.

⁴⁹⁰ LOPES, 2007, p. 136.

patrimônio para saldar a dívida para com o Estado. Essa propensão é definitivamente consolidada na norma através da redação do art. 26 ao dispor que todos os atos do processo serão comunicados pessoalmente ao representante fazendário.

Compreendemos que diante das inúmeras demandas ajuizadas contra o Poder Público é aceitável que a intimação pessoal constitua medida que vise resguardar a perda de prazos processuais por parte da Fazenda que, de toda a forma, não pode dispor do patrocínio das ações públicas⁴⁹¹, todavia desigualar as partes nesse aspecto, tal como é haurido da técnica processual, não apreende qualquer consonância com os fundamentos constitucionais de um processo justo. Dado à gravidade dos efeitos patrimoniais decorrentes do rito expropriatório fiscal, exequente e executado devem ter chances equânimes de acesso à informação para que possam eventualmente participar e influenciar nas decisões judiciais. O atendimento das exigências do devido processo legal entre litigantes que não se encontram em igualdade de condições é tarefa tão delicada que não permite que as prerrogativas sejam manejadas pela técnica além do estritamente necessário⁴⁹².

5.4 A SEGURANÇA DO JUÍZO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

A constitucionalidade da segurança do juízo como requisito de admissibilidade dos embargos se apresenta como uma das principais discussões envolvendo a execução fiscal. Em nossas pesquisas constatamos que permanecem vários pontos de influência sobre o assunto que devem ser adequadamente tratados, de tudo derivando a precedência de uma avaliação inicial sobre a lógica em que se desenvolve a técnica executiva.

5.4.1 *A relação entre os embargos à execução e a eficácia abstrata do título*

A ideia de que o título executivo seja dotado de eficácia abstrata merece ser observada por dois ângulos de visão. Se é esta predicação que autoriza que os atos executivos sejam

⁴⁹¹ MORAES, José Roberto de. **Fazenda Pública em juízo – prerrogativas ou privilégios**. In: SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 157.

⁴⁹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 55.

praticados sem o questionamento do conteúdo do direito que lhe deu sustentação, é também ela que permite a concepção de uma medida de balanceamento, posto que “seria inadmissível o título executório sem o contrapeso da oposição de mérito”⁴⁹³. Assim, insito à fórmula da eficácia abstrata está a pretensão do credor carregada pelo título e, como elemento restaurador do equilíbrio, o instrumento de defesa posto à disposição do devedor acaso entenda necessário demonstrar uma turbação injusta⁴⁹⁴.

Por isso o grande desafio dos sistemas processuais é aprimorar a equidade destas duas garantias que aparentemente são opostas. A valorização do acesso à justiça como fundamento constitucional exige tanto que se contemple o direito de ação materializado na satisfação do direito creditório, como a previsão no ordenamento jurídico de meios adequados para o exercício da ampla defesa (*vide infra* item ‘3.4.3’).

5.4.2 Títulos executivos extrajudiciais: obstáculos injustificáveis ao devido processo legal

Sob a perspectiva do acesso à justiça, percebemos que a eficácia abstrata tem a dizer muito mais do que meramente igualar os títulos executivos judiciais e extrajudiciais pela mesma aptidão de desencadear a execução. Seus efeitos, na verdade, devem ser devidamente absorvidos pelo legislador quando da elaboração de uma técnica processual direcionada à satisfação do direito creditório protegido e os meios para atacá-lo.

Por esses pressupostos, o devido processo legal judicial é um fator preponderante para que possamos quantificar não apenas a maior ou menor intensidade com que a eficácia abstrata do título executivo poderá ser questionada, mas sobretudo, pelo que nos interessa, identificar a forma de tratamento técnico à admissibilidade da oposição embargos à execução. Admitimos que no ambiente expropriatório, o regime em que se formou o título executivo tenha que ser levado em conta na definição de todos os aspectos dos meios de defesa, uma vez que o devido processo legal exercitado em juízo guarde relação com o grau de certeza que serviu de parâmetro para a concepção legislativa do título. Quanto mais “certo” o direito contido no título, mais limitado o âmbito de cognição que poderá

⁴⁹³ LIEBMAN, 2003, p. 222.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

ser realizado nos embargos⁴⁹⁵. Reforçando essa afirmação, podemos perceber que, na condição de que pelos fundamentos constitucionais do Estado democrático de direito não existam direitos absolutos, pela maior ou menor aproximação do devido processo legal judicial com a formação do título executivo é que a técnica processual deve calibrar a limitação do acesso à justiça na ótica da defesa de mérito do executado⁴⁹⁶.

A solidez que goza o título executivo oriundo da função jurisdicional não é acompanhada pelos demais títulos executivos formalizados através de outros meios. Por isso que, do mesmo modo que teremos um grau limitado de matérias que podem ser arguidas pelas oposições de mérito suscitadas em face do título executivo judicial, é plenamente justificável que o executado possa amplamente exercer o direito de contrapor a eficácia executiva do título executivo extrajudicial, não apenas nos termos da extensão e da profundidade da cognição, mas igualmente pela inexistência de requisitos de admissibilidade que, de alguma forma, possam indevidamente comprometer a pretensão de acesso à justiça⁴⁹⁷.

O CDA, na qualidade de título executivo extrajudicial, ainda que possa porventura ter passado pelo crivo do devido processo legal administrativo antes de sua formação unilateral, não pode ser tomada com a mesma robustez dos títulos executivos judiciais. A técnica processual da LEF, ao interpor entre a eficácia do título extrajudicial e a oposição embargos a necessidade de apresentação de garantias à execução, revela-se inconsistente, uma vez que queira dar ao “interesse público” uma tal dimensão que afronte ao pleno exercício do devido processo legal.

5.4.3 A nova interpretação da constitucionalidade da segurança do juízo

Até bem pouco tempo, a tese da constitucionalidade da segurança do juízo como requisito à admissibilidade dos embargos à execução era defendida por parte da doutrina mediante a análise de uma pretensa colisão entre a garantia concreta de satisfação da dívida

⁴⁹⁵ MEDINA, 2004, p. 245.

⁴⁹⁶ RODRIGUES, 2009, pp. 113-119.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, pp. 555-556.

executada e a possibilidade de ampla defesa do executado⁴⁹⁸. Por meio da ponderação dos princípios envolvidos, onde a solução seria derivada da busca do equilíbrio em bases constitucionais, mediada pela realização máxima dos valores que se contrapõem⁴⁹⁹, deveria se indagar se a efetividade da tutela jurisdicional, implícita na garantia constitucional do direito de ação, seria prevalente a ponto de permitir a imposição da segurança do juízo⁵⁰⁰.

Os que advogavam em favor da segurança do juízo compreendiam que a técnica executiva avalizada pela codificação processual ao vincular a oposição dos embargos automaticamente ao efeito suspensivo da execução⁵⁰¹ não poderia abrir mão das garantias que resultassem na satisfação do crédito, sob pena de desprestigiar e até banalizar a eficácia executiva do título que dessa maneira seria menosprezada pela simples oposição dos embargos⁵⁰². Essa proteção ao credor era ainda mais importante naqueles casos em que o andamento da execução, mesmo sendo uma decorrência do processo de conhecimento, tivesse que aguardar o desfecho da ação cognitiva colateral à execução. Assim, pelos efeitos suspensivos *ex-lege* inerentes à oposição, haveria justificativas para sustentar a constitucionalidade da segurança do juízo, posto que o direito à efetividade da tutela jurisdicional reclamaria uma garantia de satisfação do crédito, diante da dilação provocada pela nova ação de conhecimento.

A nosso ver, a constitucionalidade realmente está presente no requisito de admissibilidade, contudo entendemos que os argumentos apresentados partem de uma premissa parcialmente duvidosa. Se investigarmos a natureza jurídica dessa garantia, encontraremos que ela, na sua essência, não possui qualquer finalidade relacionada a própria defesa dos embargos. Seus objetivos são outros e tanto atendem às expectativas do executado como do exequente. Para aquele, funciona como uma forma de paralização da execução até o julgamento da oposição e para este, o fato de que o ato instrumental da expropriação tenha sido praticado ou garantida a execução por outras formas, significaria

⁴⁹⁸ PAULA, Rodrigues Francisco de. **Embargos à execução fiscal**. In: Execução fiscal: Carlos Augusto Jeniêr (Coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 311. No mesmo sentido: GUERRA, 1995, p. 68.

⁴⁹⁹ ÁVILA, 2011, p. 157.

⁵⁰⁰ GUERRA, 1995, p. 68.

⁵⁰¹ A mudança dessa técnica executiva se consumou pela edição da Lei nº 11.382/2006.

⁵⁰² PAULA, 2003, p. 310.

em tese uma segurança ao credor contra uma eventual rejeição dos embargos do executado⁵⁰³.

Sob outro aspecto, refletindo sobre a fórmula eleita pelo legislador, Lucon, há mais de uma década, já indicava a necessidade de delegar mais poderes ao juiz para decidir sobre a segurança do juízo, afastando o caráter rígido da codificação vigente, o que, na prática significaria transmutar os efeitos suspensivos *ope lege* para *ope judicis*⁵⁰⁴.

Ambas as particularidades da mesma questão são consentâneas ao devido processo legal e foram adequadamente incorporadas à técnica executiva da codificação processual pela Lei nº 11.382/2006 e reafirmadas pelo regime do CPC/2015. A total desvinculação da oposição dos embargos à execução da segurança em juízo e de quaisquer outros óbices é medida que atende ao amplo acesso à justiça e por consequência privilegia o exercício do contraditório. A suspensividade da execução, por sua vez, passou a ser um incidente processual no qual são avaliados o preenchimento de certos requisitos dentre eles a segurança do juízo resguarda o direito à efetividade da execução.

5.4.4 A finalidade da segurança do juízo na técnica da execução fiscal

A constitucionalidade da segurança do juízo que advém da codificação processual não encontra correspondência na técnica processual da execução fiscal. Se as garantias vinculadas à execução servem à Fazenda Pública como meio de proteção do crédito tributário, para o executado, a técnica reserva à segurança do juízo única e exclusivamente a função de proporcionar o ajuizamento da oposição, na medida em nem mesmo ficará suspenso o curso da execução fiscal.

Embora já tenhamos demonstrado que a própria natureza dos títulos executivos não jurisdicionais, tal como a CDA, não comporta entraves injustificados que venham a prejudicar a plena cognição do direito instrumentalizado, e só por isso a segurança em juízo na execução fiscal já afrontaria ao devido processo legal, o objetivo dessa garantia na lei especial afasta-se totalmente de um dos efeitos que lhe é característico ao não

⁵⁰³ RODRIGUES, 2009, p. 545.

⁵⁰⁴ LUCON, 1996, p. 237.

propiciar que a discussão nos embargos seja dinamizada com a certeza para o executado de que a execução ficaria paralisada até o trânsito em julgado da decisão final. Pelo contrário, a técnica de maneira incompleta, mantém a fórmula já ultrapassada de associar diretamente a defesa do executado à segurança do juízo, sem contudo emprestar efeito suspensivo à execução.

Neste quesito, duas observações ainda merecem destaque, porquanto apresentem soluções encontradas pela jurisprudência para superar as incorreções dos métodos processuais. A primeira, a despeito de não se relacionar com a questão do acesso à justiça da forma abordada, relaciona-se às diversas discussões interpretativas levantadas acerca da aplicação da suspensividade *ope judicis*, discriminada nas reformas ao CPC/73, dentro do sistema processual da execução fiscal, após a edição da Lei nº 11.382/2006. A própria doutrina chegou a se pronunciar no sentido de que, como integrante de uma lei geral, a microrreforma do capítulo execução, mesmo sendo aplicável subsidiariamente à LEF, não teria a força de derrogar a lei especial, principalmente no que referisse aos embargos à execução fiscal⁵⁰⁵. Entretanto, em julgamento proferido em 22.05.2013, por meio do Resp. nº 1.272.827/PE⁵⁰⁶, submetido ao rito dos recursos repetitivos, restou assentado

⁵⁰⁵ MARINS, 2012, pp. 845-846.

⁵⁰⁶ PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (*FUMUS BONI JURIS*) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (*PERICULUM IN MORA*) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL. [...] 3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa. 4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias. 5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de **garantia**; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). 6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 – artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art.

pelo STJ a existência de efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal nos mesmos moldes do art. 739-A, § 1º, do CPC/73, exigindo para tanto, além da garantia do juízo, a demonstração da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação, mediante análise do juiz na situação em concreto.

Sob outro enfoque, identificamos que a orientação pretoriana, seguindo os ensinamentos de Paulsen e Ávila⁵⁰⁷, tem procurado flexibilizar a literalidade do § 1º, do art. 16, da LEF, ao admitir, na análise do REsp. nº 1.127.815, mediante a sistemática dos recursos repetitivos, em 24.11.2010, que a insuficiência na penhora não se constitua óbice à oposição de mérito na execução fiscal.

Dessa forma, realizadas as considerações específicas sobre a técnica processual, diante das várias intervenções interpretativas destacadas no texto para demonstrar a fragilidade da técnica processual, surge como questão final ponderar acerca do papel da jurisprudência na melhoria e desenvolvimento do instrumento que, por sua forte incompletude, na prática tem correspondido a uma destacável insegurança jurídica da execução fiscal. Para integrar as lacunas deixadas pelo legislador o poder judiciário tem protagonizado amplas modificações que, se não afetam a literalidade da norma, denotando a chamada jurisprudência deformante indicada por Spota⁵⁰⁸, denotam um esgotamento da função jurisdicional na criação do direito. Ainda que os juízes não possam ser considerados legisladores, ao serem chamados excessivamente a “interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex

16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

⁵⁰⁷ "Caso o devedor não disponha de patrimônio suficiente para a garantia integral do crédito exequendo, cabe-lhe comprovar inequivocamente tal situação. Neste caso, dever-se-á admitir os embargos, excepcionalmente, sob pena de se violar o princípio da isonomia sem um critério de *discrimen* sustentável, eis que dar seguimento à execução, realizando os atos de alienação do patrimônio penhorado e que era insuficiente para garantir toda a dívida, negando ao devedor a via dos embargos, implicaria restrição dos seus direitos apenas em razão da sua situação de insuficiência patrimonial. Em palavras simples, poder-se-ia dizer que tal implicaria em garantir o direito de defesa ao "rico", que dispõe de patrimônio suficiente para segurar o Juízo, e negar o direito de defesa ao "pobre", cujo patrimônio insuficiente passaria a ser de pronto alienado para a satisfação parcial do crédito. Não trato da hipótese de inexistência de patrimônio penhorável pois, em tal situação, sequer haveria como prosseguir com a execução, que restaria completamente frustrada." (PALSEN, Leandro; ÁVILA, Humberto Bergman. **Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 303/304).

⁵⁰⁸ Conforme sua classificação, ao lado da jurisprudência extensiva e restritiva, aparece a interpretação deformante, assim considerada quando altera o texto legal para adequá-lo às exigências da vida. (SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Trad. Jorge Trindade. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1987, p. 67).

novo direito”⁵⁰⁹, talvez possamos concluir este capítulo chamando a atenção para a necessidade da elaboração legislativa de um novo sistema processual, não apenas voltado a atender os reclames da efetividade, mas que igualmente se preocupe em contemplar as pretensões de uma técnica harmonizada com o princípio do devido processo legal.

⁵⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993, pp. 73-74.

CONCLUSÕES

No atual estágio de desenvolvimento com o qual são impulsionadas as democracias modernas, é inimaginável um Estado que, por sua inércia, deixe de observar de maneira mais próxima às necessidades da população, permanecendo apático às expectativas decorrentes da insuficiência das relações sociais em se auto determinar e por si só prover soluções que atenuem as condições de desigualdade inerentes ao convívio.

Assim, como uma consequência esperada, a consciência de que, desde muito tempo, já tenhamos verificado a ineficiência do modelo liberal ampliou as responsabilidades da Administração Pública, reclamando cada vez mais, não apenas o respeito aos direitos fundamentais, mas, sobretudo, uma postura pró-ativa do Estado como meio de compensação das deformidades sociais.

No entanto, a despeito de ser evidente a necessidade dos recursos financeiros na condição de elemento viabilizador das políticas públicas, seria incompatível com o constitucionalismo contemporâneo não receber da sociedade o respaldo para que o Estado exerça o poder-dever de tributar com base em um correspondente dever de recolher tributos, amparado na percepção de que se trata de uma das facetas do exercício da cidadania.

É através dessa legitimidade que devemos compreender a funcionalidade da execução fiscal que, pelo fato de agregar em um mesmo processo as figuras do Estado-arrecadador e do Estado-juiz, deve ser conduzida por uma técnica que verdadeiramente esteja comprometida com os objetivos decorrentes da atividade jurisdicional, sem, não obstante, ignorar a condição de que as metas de arrecadação não devem ser perseguidas a qualquer custo pela Fazenda Pública.

A execução fiscal tem missões a cumprir que vão muito mais além do que os demais processos satisfativos oriundos dos litígios pertinentes às relações obrigacionais privadas. Se modernamente já goza de certa unanimidade a falsa noção de pensar o processo como instrumento determinado a simplesmente aprimorar a aproximação entre a aquisição voluntária do direito e a solução obtida em juízo, na execução promovida pela Fazenda,

concebida dentro do aperfeiçoamento dos mecanismos de arrecadação, funcionando de forma indireta como inibidor da sonegação fiscal, não devemos descurar da essencialidade de um procedimento executivo integralmente apoiado pelas perspectivas assecuratórias do devido processo legal.

Embora diante das evidências históricas no Brasil tenhamos percebido a constância de uma instabilidade legislativa acerca da necessidade de uma técnica processual própria para a execução fiscal, compreendemos que o fato de que estejam em juízo entes ontologicamente diferentes, porém igualmente contemplados pela importância no Estado democrático de direito, é motivo considerável para admitir que a cobrança judicial dos créditos públicos assuma contornos diferenciados compatíveis não apenas com o objeto do pedido, mas também com as especificidades relacionadas às partes processuais.

Chegamos então a alguns balizamentos antes de analisar a técnica processual em seus pormenores. Primeiramente, ainda que seja justificável na execução fiscal um aprimoramento da aproximação do binômio direito-processo, isto não quer dizer que sua técnica, por conta de uma visão de ‘interesse público’ apegada a valores antidemocráticos, possa desmedidamente prescrever desigualdades processuais que, de todo o modo, não são respaldadas pela sociedade pelas diretrizes instituídas após a CF/88.

Mediante um exame generalizado e amplo da norma executiva especial, procurando assinalar a ambiência de construção da técnica processual, partimos da relação entre processo e ideologia para reconhecer que a flexibilidade exigida do instrumento em constantemente ter de se adaptar ao dinamismo social pode ser propositalmente manipulada a ponto de denotar que o exercício da jurisdição e sua técnica possam ser aparelhados para atender os objetivos do poder instaurado.

Foi justamente por intermédio desse aspecto negativo que trouxemos argumentos que demonstram que, assim como ocorre com outros preceitos normativos editados à época do período de exceção no Brasil, a técnica executiva extraída da Lei nº 6.830/80, ainda que recepcionada pela ordem constitucional vigente, no quesito de aplicação dos fundamentos que justificaram a sua concepção, não apresenta as condições mínimas para se alinhar às diretrizes do Estado democrático de direito, seja por seguir a tendência liberal que já vinha sendo capitaneada pela codificação processual, seja por equivocadamente

admitir que os métodos utilizados pelo processo deem prevalência a outros interesses não privilegiados pelos valores eleitos pela sociedade, sobretudo o interesse público secundário materializado pelas metas de arrecadação.

Mesmo que consideremos que a técnica processual possa adquirir contornos de desigualdade entre as partes sem afrontar o devido processo legal, desde que para tanto esteja sustentada por uma motivação extraída do texto constitucional, estamos diante de um regramento que, acrescido ao fato de já na época de sua edição ter sido objeto de críticas pela doutrina, converteu-se na atualidade em uma norma anacrônica, na medida em que conduzida por um fator de *discrímen* que, se leva em conta a necessidade de satisfação do crédito tributário, não tem compromisso com as garantias mínimas de um processo justo.

Examinar a técnica processual em seus pormenores exige o reconhecimento de que o devido processo legal não se reduz a uma fórmula perfeita e acabada. Ainda que tenhamos meios de compreendê-lo através de seus desdobramentos, normalmente vinculados à garantia do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos atos, do juiz natural, da duração razoável do processo, do pleno acesso à justiça, não podemos olvidar que uma lista exemplificativa sempre ficará aquém da sua variabilidade que permite uma contínua expansão e aprimoramento de acordo com o direito material tutelado pela jurisdição.

Em virtude das peculiaridades do estudo realizado sobre a execução dos créditos públicos apresentou relevância uma pesquisa sobre o devido processo legal através de duas perspectivas. Primeiramente, um contraste entre o momento de edição da norma e as condições jurídicas que atualmente estabelecidas a partir da vigência da CF/88 nos revela que a incerteza sobre a presença do princípio foi totalmente saneada com a redemocratização diante da sua expressa previsão que alinhada a outras garantias processuais não deixam dúvidas sobre as qualidades inerentes a qualquer método de realização do direito. Alheia aos benefícios dessa transformação, o que se infere é que a técnica da LEF, pelos vícios de sua concepção não absorveu as características de um processo justo.

Sob outra ótica, o fato de avaliarmos uma técnica executiva, assim considerada como gênero da espécie ‘fiscal’, sobressai como ponto principal a circunstância de que as

decisões judiciais, sejam elas executivas ou instrumentais, devem anteceder a uma prévia informação das partes de modo que tenham condições de trazer argumentos a serem considerados na convicção do magistrado. Esse grau de cognição, embora não tenha a mesma intensidade do contraditório exercido durante a fase que declarou o direito, é o componente que permite que a satisfação do credor seja equilibrada com a menor onerosidade do devedor.

Ainda assim, diante da origem extrajudicial do título fazendário, a método adotado não pode desprezar a possibilidade para falarmos em um contraditório pleno, porquanto a observação do amplo acesso justiça não impede que casualmente, em face da oposição dos embargos à execução, possam ser alegadas todas as matérias voltadas à desconstituição do título executivo.

Tomando a LEF por seus aspectos mais característicos, as evidências demonstram que a opção legislativa de criação de uma norma autônoma, incluindo apenas dispositivos específicos sobre a cobrança da dívida ativa, contando com o suporte processual das regras da codificação, trouxe como efeito um excessivo incremento da responsabilidade interpretativa dos operadores do direito. Não somente pela própria subsidiariedade do CPC ínsito ao regramento especial, mas, principalmente, pelo esforço de conformidade com a ordem constitucional, o que nem sempre tem garantido que essa expectativa de harmonia seja plenamente atingida.

Diante dos objetivos particulares que afastaram a LEF do regime do CPC, máxime pela urgência de realização da receita pública, em tese, a intenção era disponibilizar celeridade à execução fiscal por meio de uma técnica dotada de um grau extremo de simplicidade que, por uma visão oblíqua do que seria o interesse público, ampliou, sem um estudo mais aprofundado, as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo. O processo executivo que, por sua natureza, já é determinado pela desigualdade entre credor e devedor, em sede da técnica especial agregou diversas diferenciações favoráveis à Fazenda que carecem de fundamentação constitucional adequada.

Há de se ver que a execução fiscal é peculiar diante das demais execuções pelo fato de compor a extremidade de uma extensa cadeia de cobrança que, a despeito da formalização unilateral do título executivo fazendário, deve obrigatoriamente garantir previamente ao

executado a oportunidade de defesa antes mesmo da expropriação judicial, por conta dos efeitos do devido processo legal que já se fazem presentes na via administrativa como um direito fundamental garantido pela Constituição.

A eficácia abstrata do título executivo da Fazenda, fator determinante da execução, que não admite a discussão de matérias atinentes ao mérito do direito material, não retira a importância do devido processo legal administrativo para a formação do documento que viabiliza a técnica processual. Conquanto o caráter não jurisdicional aliado à vedação da análise sobre aspectos inconstitucionais da cobrança e a parcialidade mitigada dos julgamentos sejam características que limitam o controle administrativo dos atos da Administração, é mediante o prévio accertamento objetivo e subjetivo da exigência, referenciado no devido processo legal administrativo, que a CDA ganhará a liquidez e certeza que habilitarão o ajuizamento da execução fiscal.

Assim, é baseado nos dados da constituição definitiva do crédito tributário que surge o mecanismo que permite a emenda ou a substituição da CDA, de modo que se evite que a extinção da execução seja decretada prematuramente. Todavia, a técnica, ao mesmo tempo que inova em relação ao modelo executivo da codificação processual, é imprecisa quanto aos limites da prerrogativa oferecida à Fazenda Pública, sendo este um dos pontos de discussão entre a doutrina e a jurisprudência que tem levado a interpretações que oscilam entre o respeito e a afronta ao devido processo legal no âmbito judicial, na medida em que abre um permissivo para execuções sem título executivo.

A própria formação da CDA pode ser degenerada incorrendo na mesma irregularidade. Caso típico é aquele em que o STJ tem admitido o abandono da regra de correspondência entre o processo administrativo e a CDA no qual os administradores são responsabilizados pelos atos praticados em nome da pessoa jurídica, mediante uma simples identificação no título executivo, transferindo o ônus da prova aos executados. Do mesmo modo, quando se permite que as confissões de dívida tributária por intermédio de entrega de declarações à Fazenda não sejam objeto de nenhum controle administrativo prévio à execução fiscal, a burla à técnica processual demonstra que a inconsistência da formação do título denota um afastamento das garantias de um processo justo.

Em outro ângulo da apreciação do instrumento viabilizador da satisfação do crédito, identificamos que a técnica defeituosa tenha sido gradativamente superada pela interpretação jurisprudencial quanto aos efeitos financeiros do cancelamento da CDA que, pelo texto legal, isentava de quaisquer ônus às partes pedidos de tal natureza antes da prolação da sentença dos embargos à execução. Com isso, diante do afastamento do art. 26 da LEF, atualmente prevalece o regime sucumbencial disponibilizado pelo § 4º do art. 20 do CPC/73.

No tocante aos atos instrumentais da execução fiscal, anotamos que a petição inicial agrega quesitos para a demonstração de um acerto da técnica processual ao conjugar em um único documento todos os elementos necessários à correta identificação do débito, harmonizando a noção de simplicidade sem perder de vista o respeito à ampla defesa do executado, máxime quanto à aposição do registro administrativo que deu origem ao inadimplemento do título executivo.

Essa virtude, no entanto, não afasta as críticas quanto ao mecanismo que se propõe à formação da relação processual executiva. A regra da citação postal simplesmente consubstanciada na entrega da intimação no endereço do devedor, por sua literalidade, com vistas à agilização do processo, tem sido legitimada pela jurisprudência mediante a inversão do ônus de provar a ausência de citação atribuída ao devedor, conjugando ainda o entendimento doutrinário de que o prévio vínculo entre o Estado e o contribuinte aliado a sua condição econômica seriam os justificantes ao abrandamento da exigência do oficial de justiça nas execuções fiscais.

Anotamos que a impessoalidade da citação decorrente de uma interpretação literal do dispositivo não é o melhor caminho para a sua aplicação, na medida em que expõe uma lacuna legislativa que merece ser integrada ao regime da codificação processual na exigência de conter o recibo postal a assinatura de quem realmente responderá com seu patrimônio pela dívida tributária. Compreender de forma contrária é correr o risco de que a execução prossiga arbitrariamente, aceitando que, de acordo com a técnica, a insegurança jurídica esteja presente em maior ou menor intensidade, em função do momento em que o executado tome realmente conhecimento da demanda executiva.

Enquanto esteja configurado o comprometimento da defesa do executado por um instrumento citatório que não atende ao devido processo legal, dados estatísticos demonstram que a formação da relação processual executiva é um dos gargalos da execução fiscal, havendo, por isso, fundamentos consistentes para afirmar que a técnica processual é ineficiente na sua adaptação ao direito, sendo um dos indicadores a sua renovação.

Conquanto a técnica processual dê certo relevo às garantias prestadas pelo executado como medidas alternativas à admissão da oposição dos embargos, o ponto de maior destaque ainda é a realização da penhora, posto que seja através dela que dispõe sobre a avaliação, a substituição e o reforço dos bens vinculados à execução. À margem da origem em comum, os mecanismos utilizados para a discordância com a avaliação e a faculdade de substituição do patrimônio penhorados não foram construídos com a mesma relação com o devido processo legal.

A perspectiva igualitária na qual as partes processuais têm o mesmo direito de tanto impugnar como de serem ouvidas sobre a inconformidade da parte contrária acerca da avaliação prévia realizada pelo oficial de justiça, não tem a mesma dimensão, quando a técnica deu tratamento a questão de exequente e executado poderem requerer a substituição do patrimônio penhorado. Pelo regime arquitetado pelo microssistema processual, a forma arbitrária com que a técnica trata a alteração dos bens é reconhecida tanto pela doutrina, ao prescrever que o juiz não é um autômato cancelador dos pedidos pela Fazenda que, por isso, a despeito da omissão legislativa, devem ser devidamente fundamentados, como pela jurisprudência ao acenar afirmativamente para os pedidos desta natureza apresentados pelo executado, além da pecúnia e da fiança bancária, desde que submetidos à avaliação da Fazenda Pública.

É um problema crônico da técnica a questão da desigualdade dos meios de comunicação dos atos processuais, aparecendo de forma específica e generalizada nos dispositivos do texto legal. Enquanto a pessoalidade em relação à prestação das informações, como regra geral aplicável ao Poder Público, não se estende a todas as notificações ao executado, há regra específica referente à data da arrematação cujo teor não menciona a notificação do executado. Ambas provocam violações às garantias processuais tão explícitas que tem

demandado construções interpretativas que acondicionem as regras com desequilíbrios desta natureza aos preceitos constitucionais.

Dentro do âmbito dos embargos, falar em constitucionalidade da segurança do juízo nas execuções reguladas pela codificação processual não passa pelas mesmas conclusões relacionadas à execução fiscal. Destacamos inicialmente que essa questão, nas execuções reguladas pela codificação processual, antes da Lei nº 11.382/2006, era fundamentada pelo fato de a oposição de mérito estar vinculada à suspensão da execução. Tomada naquele contexto, diante da eventual paralisação da expropriação, a conclusão era que satisfazer o direito do credor tinha maior peso que propiciar o direito de defesa ao executado e que, por isso, tornava o mecanismo garantidor constitucional.

Não obstante, com o aperfeiçoamento processual no âmbito das microrreformas processuais dos últimos anos, aparecendo a segurança do juízo desvinculada da oposição dos embargos, foram reveladas as verdadeiras finalidades deste mecanismo: para o exequente, uma garantia da satisfação do crédito; para o executado, a possibilidade de obstar a execução contingencialmente indevida.

A circunstância de que ambos os modelos a seu modo sejam constitucionais não guarda correspondência com a técnica adotada pela execução fiscal. Pela preferência do legislador extravagante, garantir os resultados práticos da execução fiscal serve exclusivamente como requisito de admissibilidade aos embargos à execução fiscal, não tendo qualquer consequência no sentido de obstruir a marcha executiva, enquanto estiver sendo examinado o conteúdo meritório do título fazendário. Ou seja, o objetivo da técnica na execução fiscal é simplesmente criar um obstáculo às alegações do executado, constituindo um condicionante sem amparo no devido processo legal.

Este sinal de inconsistência, assim como tantos outros apontados no texto, é percebido pela jurisprudência que, entre erros e acertos, por intermédio de interpretações que promovem a aproximação ao devido processo legal, tem tentado mitigar os efeitos nocivos decorrentes da aplicação literal da técnica processual. Mais que isso, por meio das pesquisas que realizamos, há evidências inequívocas da necessidade de superação do atual modelo legislativo para a tutela executiva diferenciada que, se não entremostra efetiva, não pode permanecer isolada da fórmula do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcos Cavalcanti. **Lei de Execução Fiscal, interpretação e jurisprudência**. São Paulo: WVC, 2003.
- ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: A. Giuffrè, 1960.
- ALVIM, J. J. Carreira; e CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. **Nova execução de título extrajudicial**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- ALVIM Netto, José Manoel de Arruda. **Dogmática jurídica e o novo código de processo civil**. Revista de processo, São Paulo, v. I, jan./mar. 1976, p. 85-133.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009
- _____. **Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual**. Ajuris: Revista da Associação dos Advogados do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 12, nº 33, mar. 1985.
- _____. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. In: _____ (org.) *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 01-15.
- _____. **Efetividade e processo de conhecimento**. Revista de Processo, São Paulo, v. 26, out. 1999, p. 59.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.
- ARMELIN, Donaldo *et al.* **Comentários à execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Mizuno, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. **Teoria da igualdade tributária**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **O que é o devido processo legal**. Revista de processo, São Paulo, v. 163, set. 2008, p. 50.
- ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas.** In: Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: RT, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo.** Revista de Processo. Vol. 37, jan. 1985.

_____. **Les Principes Fondamentaux de la Procédure Civile dans la Nouvelle Constitution Brésilienne.** In: Temas de direito processual (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 39-47.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro.** In: _____(Org.). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Constitucionais e Relações Privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil.** v.2. 3.ed. SÃO PAULO: Saraiva, 2004.

BATISTA, Ovídio. **Processo e ideologia.** Revista de processo. Revista de Processo, São Paulo, v.110, abr. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 8ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional.** 20ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; Lisboa, Portugal: Difel, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21/01/2015.

BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: 21/01/2015.

BRASIL. **Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm> Acesso em: 21/01/2015.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 18/03/2015.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y derecho.** Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1975.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades do processo moderno.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário.** 8ª ed. São Paulo: RT, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Juizes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. I.

_____. **Sistema de direito processual civil.** Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. III.

_____. **Istituzioni del Processo Civile Italiano.** 5ª ed. Roma: Foro Italiano, 1956, v. I.

_____. **Introduzione allo Studio del Diritto Processuale Tributario.** Rivista di Diritto Processuale Civile 2, Padova: Cedam, 1932.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 15ª ed. Rev. Ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais a relação processual ordinária de cognição**. 3ª ed. - Campinas, SP: Bookseller, 2002.

_____. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**. Rivista di Diritto Commerciale, 1911, nº 03.

CHEIM JORGE, Flávio. **Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução**. Revista de Processo. Ano 29, n. 114, mar./abr. 2004, pp. 301-312.

CHULVI, Cristina Pauner. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli, 2004.

_____. **“Garanzie costituzionali e giusto processo (Modelli a confronto)”**. Revista de Processo, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, nº 90.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Conceitos processuais gerais**. In: JENIÊR, Carlos Augusto (coord.). Execução fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA E SILVA, Antonio Carlos. **Teoria e prática do processo executivo fiscal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1981.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DALLARI, Dalmo. 2ª ed. Atual. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEL CLARO, Roberto. **Devido processo Legal – Direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil**. Revista de Processo, São Paulo, v.126, ago. 2005, p. 260.

DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Cuadernos para el Dialogo, 1975.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12ª ed. Rev. Ampl. Atual. Salvador, BA: JUSPODIVM, 2010.

_____. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 198, p. 213, ago. 2011.

DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005a.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 5ª ed. Rev. Atual. - São Paulo: Malheiros, 2005b, v. I.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 5ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2005c, v. II.

_____. **Execução civil.** 8ª ed. Rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e o “due process of law”.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ESTEVES, Carolina Bonadiman. **Mecanismos de citação do executado.** In: CUNHA Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Silva (org.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União.* Brasília: Ipea, 2013.

FARIA, Luis Carlos da Silva. **Citação pela via postal nas execuções fiscais e o devido processo legal.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FAVEIRO, Vitor Antonio Duarte. **O estatuto do contribuinte: a pessoa do contribuinte no estado social de direito.** Coimbra: Coimbra, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Odmir *et al.* **Lei de Execução Fiscal comentada e anotada: Lei nº 6.830, de 22/09/1980: doutrina, prática e jurisprudência.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito:** reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ª ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FLAKS, Milton. **Comentários à lei de execução fiscal.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 24ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

FORNACIARI Jr., Clito. **Apontamentos sobre a execução fiscal.** Revista de processo, São Paulo, v. 25, jan. 1982, p. 9.

_____. **Citação pelo correio.** *Ajuris* 6, Porto Alegre, s/e, 1976, p. 25.

FUX, Luiz. **O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Camilla de Magalhães. **História do processo – perspectiva histórico-cultural do direito processual**. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Estudos de história do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 21ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Marco Aurélio. **Solidariedade Social e Tributação**. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coords.). Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 168-188.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **“As garantias constitucionais do direito de ação”**. São Paulo: RT, 1973.

_____. **Benefício de prazo**. Revista Brasileira de Direito Processual. Uberaba, v. 5, nº 19, jul./set. 1979, pp. 13-24.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. São Paulo: RT, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 1ª ed. Bauru: Edipro, 2003.

LANNA, Carlos Lindenberg Ruiz. **Lei de execuções fiscais anotada**. Curitiba: Juruá, 2013.

LARA, Bianca del Pilar de Souza. **Os princípios do processo administrativo fiscal**. In: PAULA, Rodrigo Francisco de (coord.). Processo administrativo fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: ERDP, 1958.

LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. **Nova Lei de Execução Fiscal**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1982.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Embargos do executado**. 1ª ed., Campinas: Bookseller, 2003.

_____. **Processo de execução**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, Iran de. **A dívida ativa em Juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

LOPES, Mauro Luís. **Processo judicial tributário**. 4ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, v. I.

_____. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição**. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias Constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A equivalência no pedir para término de processo administrativo, quando de recurso ao Judiciário**. RDDT. São Paulo: Dialética, n. 206, nov. 2012.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **O processo justo na Constituição Federal de 1988**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 91, set. 2003, pp. 215-260.

MAZZEI, Rodrigo. **A formação de um microssistema processual do Estado contrário à ideia do modelo democrático de processo**. Revista Forense (Impresso), v. 418, p. 291-309, 2013.

MEDINA, José Miguel. **Execução Civil: teoria geral e princípios fundamentais**. 2ª ed., Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2004.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. Ref. Ampl. Atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Guilherme Adolfo. **A atuação dos órgãos estatais envolvidos na execução fiscal: a ação judicial como última etapa de um longo processo de cobrança**. In: CUNHA Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Silva (org.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: Ipea, 2013.

MIDIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009

_____. **Direito Fundamental ao Processo Justo**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 45, 2011, p. 22-34.

MONTESANO, Luigi. **La garanzia costituzionale del contraddittorio e giudizi civili di “terza via”**, In: Rivista di diritto processuale n. 4/2000. Padova: CEDAM, P. 931.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, José Roberto de. **Fazenda Pública em juízo – prerrogativas ou privilégios**. In: SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 13ª ed. totalmente Rev. Ampl. Atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NABAIS, J. Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado social**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, vol. 88, p. 269-308, set/out. 2009, pp. 275-276.

NÉRI Jr., Nelson. 7ª ed. rev. atual. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2002.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Cibele. **Devido processo legal**. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 32, jul. 2000, p. 176.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. 6ª ed. Rev. Aum. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAULA, Rodrigo Francisco de. **Embargos à execução fiscal**. In: Jeniêr, Carlos Augusto (coord.). Execução fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 4ª ed. Rev. Atual. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____; ÁVILA, Humberto Bergman. **Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

PELISSARI, Darcy Henrique Rocha. **Abordagem histórico-evolutiva**. In: JENIÊR, Carlos Augusto (coord.). Execução fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PICARDI, Nicola. **Auditur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório**. In: Jurisdição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. IX.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica**. In: Lua Nova – Revista de cultura e política. São Paulo: CEDEC, 1992, n. 25.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. Campinas: Bookseller, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2ª ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: RT, 2003, v. I.

_____. **Manual de execução civil**. 4ª ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ROIG, Rafael Assis. **Deberes y obligaciones en la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ROSA Jr. Luis Emygdio da. **Manual de direito financeiro e tributário**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Responsabilidade, decadência, limites para a modificação do sujeito passivo da execução Fiscal e a Súmula 392 do STJ**. RFDT. Belo Horizonte: Fórum, n. 44, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de processo civil**. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v. III.

SARMENTO, Daniel. **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos**. In: SARLET, Ingo (coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. v. I, tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCARPINELLA BUENO, Cassio . **O Poder Público em Juízo: uma proposta de sistematização**. Revista do Curso de Mestrado Em Direito das Faculdades Integradas Toledo, Araçatuba, v. 2, p. 53-108, 2001.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, v. I.

_____. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal: breves observações**. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: Ipea, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Consitucional Positivo**. 27ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Prefácio. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A execução da dívida ativa da Fazenda Pública**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira (coord.); PEREZ, Ademir (col.), *et al.* **Lei de execução fiscal**: Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980: comentada e anotada. Campinas: CS, 2004b.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Devido Processo Legal: Uma Visão Pós-Moderna**. Bahia: JUSPODIVM, 2008.

SOUZA, Maria Helena Raú de; FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Código Tributário Nacional Comentado**. 3ª ed., Rev. Ampl. Atual. São Paulo: RT, 2005.

SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Trad. Jorge Trindade. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1987.

TARZIA, Giuseppe. **O contraditório no processo executivo**. Revista de processo, São Paulo, v. 28, out. 1982, p. 55.

THEODORO Jr., Humberto. **A Execução fiscal: comentário e jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito processual constitucional**. Revista Estação Jurídica, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 28-43, out./nov. 2009.

_____. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010, p. 64-71.

_____. **A Execução fiscal. Procedimento administrativo. Penhora. Embargos do devedor**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n. 330, 1995, p. 98.

_____. **Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil>> Acesso em: 15/12/2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TROCKER, Nicolò. **Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo”**. In materia civile: profili generali. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano LV, 2001.

_____. **O devido processo legal e a execução civil**. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: R. dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. II.

_____. **Anotações sobre o devido processo legal**. Revista de Processo, São Paulo, v.63, 1991, pp. 54-63.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades no processo e na sentença**. 6ª ed. Rev. Ampl. Atual. São Paulo: RT, 2007.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4^a ed. Brasília, DF: Editora UNB, 2000.

XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**, 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZAFFARONI, Raul Eugênio. PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1997.

ZANETI Jr., Hermes. **Processo Constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.